

حاشية الترمذي

المشكاة

المنهل العيم بحاشية المنهج القويم
وموهبة ذي الفضل
على شرح العلامة ابن حجر مقدّمة بأفضل

تأليف

العالم العلامة الفقيه المذنب

الشيخ محمد محفوظ بن عبد الله الترمذي

رحمة الله تعالى

المجلد السابع

دار المنهج



سازمان اسناد و کتابخانه ملی
جمهوری اسلامی ایران



حاشية الترمذي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حَاشِيَةُ التِّرْمِذِيِّ

المُسَمَّاةُ

الْمَنْهَلُ الْعَمِيمُ بِحَاشِيَةِ الْمَنْهَجِ الْقَوِيمِ

وَمَوْهَبَةُ ذِي الْفَضْلِ
عَلَى سَرِّحِ الْعَلَّامَةِ أَبْنِ جَرْمُقَدِّمَةِ بَافَضْلِ

تَأَلَّفَ

الْعَالِمُ الْعَلَّامَةُ الْفَقِيهُ الْمَدِيقُ

الْشَّيْخُ مُحَمَّدٌ مَحْفُوظُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ التَّرْمِذِيِّ

رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

(١٢٨٥ - ١٣٣٨ هـ)



عَنِ بَه

الْبَحْثَةِ الْعِلْمِيَّةِ

بِمَكْرَزِ دَارِ الْمَنْهَجِ لِلدِّرَاسَاتِ وَالتَّحْقِيقِ الْعِلْمِيِّ



دَارُ الْمَنْهَجِ

الطبعة الأولى
١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م
جميع الحقوق محفوظة للناسر

دار المنهاج للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية - جدة
حي الكندرة - شارع أبها تقاطع شارع ابن زيدون
هاتف رئيسي 6326666 - الإدارة 6300655
المكتبة 6322471 - فاكس 6320392
ص. ب 22943 - جدة 21416
www.alminhaj.com
E-mail: info@alminhaj.com
ISBN: 978 - 9953 - 541 - 32 - 7

(فصلٌ)

في الرِّبَا

وهو حَرَامٌ إجماعاً بأنواعِهِ الثَّلَاثَةِ : رَبَا الْفَضْلِ ؛

قوله : (فصل في الرب) المقصود بهذه الترجمة : بيان بيع الربوي وما يعتبر فيه زيادة على ما مر من الشروط في غير الربوي ، وإذا وجدت الشروط الآتي بيانها مع الشروط السابقة غير إسلام المشتري وعدم الحراة ؛ لعدم تأتئها هنا . كان العقد صحيحاً حلالاً ، وإن اختل واحد منها . . كان حراماً فاسداً .

هذا ؛ ولفظ (الربا) بكسر الراء والقصر ، وبفتحها مع المد ، وألفه بدل من واو ويكتب بهما معاً ؛ تكتب الواو أولاً في الباء ثم الألف ، وهذه طريقة المصحف الإمام ، ويكتب في غير « القرآن » بالياء نظراً لإمالة بعض القراء ، ولذا : قال الشاطبي في « حرزه » : [من الطويل]

وأما ضحاها والسحى والربا مع الـ قُوى فأمالاها وبالواو تختلا^(١)

أي : تكتب في المصحف ، والضمير في (أمالها) لحمزة والكسائي .

قوله : (وهو) أي : الربا ؛ بمعنى : تعاطيه .

قوله : (حرام) أي : من أكبر الكبائر .

قوله : (إجماعاً) أي : مستنداً لآيات وأخبار ؛ كقوله تعالى : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ، وخبر : (لعن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم آكل الربا وموكله وكتبه وشاهده) رواه مسلم^(٢) ، وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « درهم ربا يأكله ابن آدم أشد عند الله إثماً من ست وثلاثين زنية » رواه الدارقطني وغيره^(٣) ، وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « للربا سبعون باباً ، أيسرها : مثل أن ينكح الرجل أمه » الحديث رواه الحاكم وصححه^(٤) .

قوله : (بأنواعه الثلاث) أي : بجميع أنواعه لا فرق بينها في الحرمة ، قيل : إنه لم يحل في شريعة قط ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَخَذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ ﴾ يعني : في الكتب السالفة ، ولم يؤذن الله تعالى في كتابه عاصياً بالحرب غير آكله ؛ إذ قال : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾ ومن ثم قيل : إنه علامة على سوء الخاتمة كإيذاء أولياء الله تعالى ؛ فإنه صح فيها الإيذان بذلك .

قوله : (ربا الفضل) لهذا هو الأول ، بدل من (أنواعه) .

(١) حرز الأمانى (ص ٢٥) .

(٢) صحيح مسلم (١٥٩٧) عن سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

(٣) سنن الدارقطني (١٦/٣) من سيدنا عبد الله بن حنظلة رضي الله عنه .

(٤) المستدرک (٣٧/٢) عن سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .



وهو : البيعُ مع زيادة أحد العوضين الآتين ، ورباً أليدٍ ؛ وهو : البيعُ مع تأخير قبض أحدهما ، ورباً أنسيئةً ؛ وهو : بيعُهُما مع الأجل . وأعلمُ أنَّ العلةَ التي نيطَ بها تحريمُ الرِّبَا

قوله : (وهو البيع مع زيادة أحد العوضين الآتين) أي : مع اتحاد الجنس ولو احتمالاً ، ومنه ما سيأتي من مسألة مد عجوة ودرهم في بعض صورها ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (ومنه - أي : ربا الفضل - : ربا القرض)^(١) ، قال (ع ش) : (لأنه لما شرط نفع للمقرض . . كان بمنزلة أنه باع ما أقرضه بما يزيد عليه من جنسه فهو منه حكماً) تدبر^(٢) .

قوله : (وربا اليد) هذا هو الثاني ، وإنما نسب إلى اليد ؛ لعدم القبض بها أصالة .

قوله : (وهو البيع مع تأخير قبض أحدهما) أي : العوضين الآتين .

قوله : (وربا النسيئة) هذا هو الثالث ، قال في « المصباح » : (النسيء مهموز على فاعيل : التأخير ، والنسيئة على فاعلة ، وهما : اسمان من نسا الله أجله من باب نفع ، وأنساه بالألف : إذا أخره)^(٣) .

قوله : (وهو بيعهما) أي : العوضين الآتين .

قوله : (مع الأجل) أي : بأن يشرط أجل في أحد العوضين ، وبهذا الذي قرره في معنى الأنواع الثلاثة ينحل تعريفهم الربا الشرعي بأنه : عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد ، أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما .

(فـ) العوض : هو النقد أو الطعام .

وقولهم : (غير معلوم . . .) إلخ ، إشارة إلى ربا الفضل .

وقولهم : (أو مع تأخير . . .) إلخ ، إشارة إلى ربا اليد وربا النسيئة .

وقد فشا الربا بأنواعه في هذه الأزمان والعياذ بالله تعالى ، وما أحسن قول بعضهم : [من الطويل]

ولي صاحب ما كان يملك درهماً وكان فقير الحال وهو ترابي

فصادفه مالٌ فأضحى مرايياً فقلت له في الحاليتين ترابي

قوله : (وأعلم . . .) إلخ ، أتى به تحريضاً على شدة الاعتناء بما سيذكره ، ولذا قال فيما

بعد : (ويتأمل هذا يعلم . . .) إلخ .

قوله : (أن العلة التي نيط بها) أي : علق بها .

قوله : (تحريم الربا) أي : بأنواعه الثلاثة كما مر ، وهو تعبدي لا يعلم معناه ، وما أبدي له

(١) تحفة المحتاج (٢٧٢/٤) ، نهاية المحتاج (٤٢٤/٣) .

(٢) حاشية الفهراملي (٤٢٤/٣) .

(٣) المصباح المنير ، مادة : (نسو) .

الطَّعْمُ - اقْتِيَاتاً أو تداوياً ، أو تفكَّهاً أو تأدماً - أو النَّقْدُ الذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ ولو غيرَ مضروبيين ،

من كونه يؤدي للتضييق ونحوه إنما يصلح حكمة لا علة موجبة للحكم ، لكن الحكم بأنه تعبدى إنما هو بالنسبة للأجناس الكلية ، فلا يقاس على جنس النقد والمطعومات جنس ثالث ، أما بالنسبة لبعض الأفراد . . فقد يوجد ؛ لثبوت الربا فيه معنى يقاس عليه غيره ؛ كما في قولهم : (فألحق به ما في معناه . .) إلخ ، فهو نظير ما في (نواقض الوضوء) ، وبهذا يسقط ما قد يتوهم من أن القياس لا يدخل الأمور التعبدية ، تدبر .

قوله : (الطعم) بضم الطاء : مصدر طعم بكسر العين ؛ أي : أكل ؛ بأن يكون أظهر المقاصد الطعم وإن لم يؤكل إلا نادراً ؛ وذلك لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « الطعام بالطعام مثلاً بمثل »^(١) ، علق الحكم فيه باسم الطعام الذي هو بمعنى المطعوم ، والقاعدة المقررة : أن المعلق بالمشتق معلل بما منه الاشتقاق ؛ كالقطع والجلد المعلقين باسم السارق والزاني .

قوله : (اقْتِيَاتاً أو تداوياً أو تفكَّهاً) أي : لأجل الاقتيات . . . إلخ ، أو من جهته . . . إلخ ؛ وذلك لأخذ هذه الثلاثة من الحديث الآتي فإنه نص فيه على البر والشعير ، والمقصود منهما : الثقوت فألحق بهما ما في معناه ؛ كالفرل والأرز ، وعلى التمر ، والمقصود منه : التفكه فألحق به ما في معناه ؛ كالزبيب والتين ، وعلى الملح ، والمقصود منه : الإصلاح فألحق به ما في معناه من الأدوية ؛ كالسَّمُونِيَا والزعفران .

قوله : (أو تأدماً) ذكره بعد التفكه من ذكر الخاص بعد العام ؛ لأن المراد به (التفكه) : التلذذ ، وهو يشمل التأدم والتحلي بحلوى ، ولذا لم يذكر في « المنهاج » التأدم^(٢) ، وإيراد الحلوى عليه قال الأذري : غلط صدر عن ظن أن المراد بقوله : (تفكَّهاً) : الفاكهة التي هي الثمر ، تدبر .

قوله : (أو النقد) عطف على (الطعم) ، ويعبر عنه بجنسية الأثمان ، وجوهرية الثمن ؛ أي : حقيقة كونه ثمناً غالباً ، وبهذا الأخير عبر في « البهجة » حيث قال : [من الرجز]

وفي طعامين وجوهري ثمن
مع الحلول والتقابض لدن
إلخ^(٣) .

قوله : (الذهب والفضة) بدل من النقد .

قوله : (ولو غير مضروبين) أي : كالتمر ، أو مضروباً لا على صورة الأثمان ؛ كالأواني

(١) أخرجه مسلم (١٥٩٢) ، والبيهقي (٢٨٣/٥) عن سيدنا معمر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٢١٣) .

(٣) بهجة الحاوي (ص ٧٧) .



دُونَ الْفُلُوسِ وَإِنْ رَاجَتْ ، وَأَنَّ الشَّيْءَ إِذَا بَاعَ بِغَيْرِهِ ؛ فَإِنْ اتَّحَدَا جِنْسًا - وَمِنْ لَازِمِهِ اتِّحَادُ الْعِلَّةِ - كَبُرُّ بَيْرٌ ، أَوْ ذَهَبٌ بِذَهَبٍ .. أَشْطَرُ ثَلَاثَةَ شُرُوطٍ : تَحَقُّقُ الْمُثَابِلَةِ ، وَالْقَبْضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ أَوْ التَّخَايَرِ ، وَالْحُلُولُ

والحلي فيجري فيه الربا كما لا يخفى .

قوله : (دون الفلوس) جمع فلس ؛ وهو قطعة من نحاس ونحوه يتعامل بها خلاف الشائع الآن من إطلاق الفلوس على الدراهم والدنانير ، فافهم .

قوله : (وإن راجت) أي : الفلوس ، فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً كسائر العروض ؛ لانتهاء النقدية فيها .

قوله : (وأن الشيء ...) إلخ ؛ أي : من النقيدين والأطعمة ، وهذا عطف على قوله : (أن العلة ...) إلخ .

قوله : (فإن اتحدا جنساً) أي : بأن يجمعهما اسم خاص من أول دخولهما في باب الربا إلى آخره ويشتركا فيه اشتراكاً معنوياً ، لهذا ضابط المتجانسين ، وانتقض باللحوم والألبان المختلفة الأجناس ؛ لصدقه عليها مع أنها أجناس كأصولها كما يأتي ، وأجيب بأن حقائقها مختلفة فلم تشترك في الاسم اشتراكاً معنوياً ، تأمل .

قوله : (ومن لازمه) أي : اتحاد الجنس .

قوله : (اتحاد العلة) أي : التي هي الطعمية والنقدية .

قوله : (كبر بئر) مثال لما اتحد في علة الطعمية .

قوله : (أو ذهب بذهب) مثال لما اتحد في علة النقدية .

قوله : (اشترط ثلاثة شروط) أي : فمتى فقد شرط منها .. بطل العقد .

قوله : (تحقق المماثلة) أي : بأن يعلم بها كل من المتعاقدين حالة العقد .

قوله : (والقبض) أي : للعوضين قبضاً حقيقياً .

قوله : (قبل التفريق) أي : عن مجلس العقد .

قوله : (أو التخيير) أي : قبل تخيير العاقدين لزوم العقد ، قال في « الفتح » : (فإن تخايروا

قبل القبض .. بطل العقد إن تفرقا بلا قبض ، وإلا .. صح على الأوجه)^(١) .

قوله : (والحلول) أي : من الجانبين ، وهذا والمماثلة شرطان للصحة ابتداءً ، والقبض

وإن اختلفا جنساً واتحدا علة ؛ كَبُرَّ بشعير ، أو ذهب بفضة .. اشترط الآخران ، وإن اختلفا علة كَبُرَّ بذهب .. لم يشترط شيء . ويتأمل هذا يعلم منه أنه (إذا باع طعاماً بجنسه) كَبُرَّ بيزر وإن اختلفا جودة ورداءة (.. اشترط فيه الحلول) للعوضين ، فإن تأجل أحدهما ولو لحظة

شرط للصحة دواماً ، ومن ثم : ثبت فيه خيار المجلس .

قوله : (وإن اختلفا جنساً) عطف على (إن اتحدا جنساً) .

قوله : (واتحدا علة) أي : إما الطعمية أو النقدية .

قوله : (اشترط الآخران) أي : القبض قبل التفرق أو التأخير ، والحلول ، ولا تشترط

المماثلة فيجوز التفاضل بينهما .

قوله : (وإن اختلفا علة) عطف على (إن اتحدا جنساً) .

قوله : (كبر بذهب) أي : أو فضة .

قوله : (لم يشترط شيء) أي : من الثلاثة المماثلة والقبض والحلول ، كما لا يشترط في بيع

ثوب بغيره أو حيوان بحيوان .

قوله : (ويتأمل هذا) أي : الذي قرره من قوله : (واعلم ...) إلى هنا ، قال في

« القاموس » : (تأمل : تلبث في الأمر والنظر)^(١) .

قوله : (يعلم منه : أنه إذا باع طعاماً بجنسه ...) إلخ ، من الطعام ماء عذب ، قال في

« المغني » : (فإنه ربوي مطعوم ؛ قال تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَطْعَمَهُ فَإِنَّهُ مِنِّي ﴾ ، بخلاف الماء المالح

فإنه ليس بربوي)^(٢) .

قوله : (كبر بيزر) أي : وشعير بشعير ، وأرز بأرز ، وتمر بتمر .

قوله : (وإن اختلفا جودة ورداءة) أي : لأنه لا نظر في هذا الباب لتمييز أحد العوضين بزيادة

نحو القيمة .

قوله : (اشترط فيه) أي : في بيع الطعام بجنسه .

قوله : (الحلول للعوضين) أي : إجماعاً ؛ مستنده : اشتراط المقابضة في الخبر الآتي ؛ إذ

من لازمها الحلول غالباً كما سيأتي في كلامه .

قوله : (فإن تأجل أحدهما) أي : العوضين ؛ بأن اقترن به تأجيل .

قوله : (ولو لحظة) أي : فحلّ وهما في مجلس العقد .



(١) القاموس المحيط (٣/ ٤٨٥) ، مادة : (أمل) .

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٣١) .

بطل وإن قبض قبل التفرق . (والتقابض) أي : القبض ، فيكفي قبض العاقد أو وكيله ما دام الموكل باقياً في المجلس المعين بلا إذن صاحبه وإن استحق حبسه ، فإن تفرقاً قبل قبض كله أو بعضه

قوله : (بطل) أي : العقد .

قوله : (وإن قبض قبل التفرق) أي : من مجلس العقد .

قوله : (والتقابض ؛ أي : القبض) أي : الحقيقي ، فالمراد بـ (التقابض) : ما يعم القبض ، حتى لو كان العوض معيناً . كفي الاستقلال بالقبض ، قيل : لعل إيثارهم التقابض ؛ لثلا يومهم التعبير بالقبض الاكتفاء من أحد الجانبين ، وردده الشارح بأن من يعبر بالقبض . . يلزمه أن يقول : منهما ، فالوجه : أن إيثاره لكونه الغالب ، تأمل .

قوله : (فيكفي قبض العاقد) أي : بنفسه .

قوله : (أو وكيله ما دام الموكل باقياً في المجلس المعين) أي : وكذا قبض الوارث بعد موت مورثه في المجلس ، بخلاف ما لو كان العاقد عبداً مأذوناً له فقبض سيده أو وكيلاً فقبض موكله . . لا يكفي ؛ لأن كلاً من السيد والموكل يقبض عن نفسه لا عن العاقد ، ثم إن حصل القبض من الوكيل والعبد في المجلس . . استمرت الصحة ، وإن تفرقاً قبل التقابض . . بطل العقد ، تأمل .

قوله : (بلا إذن صاحبه) أي : بل استقلالاً كما تقرر .

قوله : (وإن استحق حبسه) أي : حبس المبيع إلى أداء الثمن ، وكذا يكفي هنا قبض من غير تقدير المقبوض بالكيل أو الوزن وإن لم يفد صحة التصرف ؛ لأن المعتبر في القبض هنا ما ينقل الضمان فقط لا ما يفيد التصرف أيضاً ؛ لما يأتي : أن قبض ما يبيع مقدراً إنما يكون بالتقدير ، تدبر .

قوله : (فإن تفرقاً) أي : المتعاقدان .

قوله : (قبل قبض كله) أي : كل من العوضين . . بطل العقد وإن كان التفرق بالإكراه كما في « التحفة » لضيق باب الربا^(١) ، ولأن الأغلب على بابه التعبد ، ولأن القبض شرط فلم يختلف بالنسبة إلى المكروه ، قال النووي : (وإذا بطل العقد . . فيأثم بالتفرق إن كان عن تراض ويكون ربا كرها النسبة ، فطريقهما : التفاسخ قبل التفرق ؛ دفعاً للإثم) تدبر^(٢) .

قوله : (أو بعضه) أي : أو تفرقاً قبل قبض بعضه ؛ بأن أعطى هذا بعض المبيع والآخر بعض

الثلث

(١) تحفة المحتاج (٢٧٥/٤) .

(٢) المجموع (٣٩١/٩) .

بطلَ فيما لم يُقبَضْ . (وَالْمُمَاثَلَةُ) بَأَن يَتَحَقَّقَ عِنْدَ الْعَقْدِ تَسَاوِي الْعَوَظِينَ فِي مَعْيَارِ الشَّرْعِ ، فَلَا يُبَاعُ الْمَوْزُونُ بِجِنْسِهِ كَيْلاً ، وَلَا عَكْسُهُ ، بَلْ لَا بُدَّ مِنَ الْمُمَاثَلَةِ (إِمَّا بِالْكَيْلِ إِنْ كَانَ مِمَّا يُكَالُ ؛ كَالسَّمَنِ) وَالذَّهْنِ (الْمَائِعِ) وَاللَّبَنِ

قوله : (بطل فيما لم يقبض) أي : وصح فيما قبض ؛ عملاً بتفريق الصفقة .
قوله : (والمماثلة) أي : مع العلم بها ، وكان فيها خلاف لبعض الصحابة رضي الله تعالى عنهم انقراض وصار الإجماع على خلافه . « تحفة » (١) .
قوله : (بأن يتحقق عند العقد . . .) إلخ ، تمثيل للمماثلة ، وفيه إشارة إلى اشتراط اليقين فيها .
قوله : (تساوي العوضين في معيار الشرع) أي : بأن يتساويا قدرأ من غير زيادة ولو حبة ولو من غير جنسهما ؛ كاشتغال أحد الدينارين على فضة ، فلو باع جزافاً . . لم يصح وإن خرجا سواء ؛ للجهل بالمماثلة حالة البيع ، والجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة ، بخلاف ما لو باع صبرة بر مثلاً بأخرى مكايلة أو صبرة دراهم بأخرى موازنة . . فإنه يصح إن تساويا ، وإلا . . فلا ، ولذا قال في « البهجة » :

جزاف صبرة بأخرى باطلَةٌ لا الكيل بالكيل ولا مكايلةً
والنقد بالنقد بوزن كهوًا في الصورتين حيث بانتا سوا (٢)
قوله : (فلا يباع الموزون بجنسه كَيْلاً) يعني : لا يجوز أن يباع كل ربويٍّ موزون بمثله كَيْلاً .
قوله : (ولا عكسه) أي : ولا يباع كل ربوي مكيل بمثله وزناً ، ومن المكيل الملح . نعم ؛ لو كان قطعاً كبيراً . فالمماثلة فيه ككل ما يتجافى في الكيل بالوزن نظراً لهيئته في الحال ، أفاده في « الأسنى » (٣) .

قوله : (بل لا بد من المماثلة إما بالكيل) أي : وإن كان مما لا يعتاده ؛ كقصعة .
قوله : (إن كان مما يكال) أي : وإن تفاوت في الوزن .
قوله : (كالسمن والدهن المائع) أي : بخلاف الجامد فالمعتبر فيه الوزن كما يأتي .
قوله : (واللبن) أي : بسائر أنواعه وإن تفاوت بعضها وزناً [كحليب] برائب . « تحفة »
و « نهاية » (٤) .



- (١) تحفة المحتاج (٢٧٣/٤) .
- (٢) بهجة الحاوي (ص ٧٧) .
- (٣) أسنى المطالب (٢٤/٢) .
- (٤) تحفة المحتاج (٢٧٨/٤) ، نهاية المحتاج (٤٣٢/٣) .

(وَالْحُبُوبِ) وكل ما كان كالتمر أو أقل جرماً منه . (وَإِذَا بِالْوَزْنِ كَالسَّمَنِ الْجَامِدِ) وكل ما كان أكبر جرماً من التمر . (وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ) أي : في كون الشيء معياراً أحدهما (غَالِبُ عَادَةِ الْحِجَازِ فِي عَهْدِهِ)

قوله : (والحبوب) أي : كبر وشعير وأرز ، وكذا اللوز ولو في قشره ، قال في « التحفة » : (نعم ؛ محله إن لم يختلف قشره على الأوجه)^(١) .

قوله : (وكل ما كان كالتمر) أي : المعتدل كما هو ظاهر .

قوله : (أو أقل جرماً منه) أي : من التمر ، وهذا كالذي قبله مخالف لقوله الآتي قريباً من أن المعتبر فيه عادة البلد ، ولـ « التحفة » وغيرها ؛ ففيها : (إن كان مثله - أي : التمر - كاللوز أو دونه .. فأمره محتمل ، لكن قاعدة : أن ما لم يحد شرعاً .. يحكم فيه العرف قضت بأنه يراعى فيه عادة بلد البيع حالة البيع ...) إلخ ، ومثله في « النهاية »^(٢) ، فالظاهر : أنه جرى هنا على قول ضعيف من أن المعتبر فيما جهل أمره الكيل ، وهو أحد الأقوال الخمسة فيه كما سيأتي عن « المنهاج » تدبر .

قوله : (وإما بالوزن) أي : ولو بالقبان وميزان الطبار ؛ وهو الذي لا لسان له ، والقبان بوزن شداد : أصله أعجمي بالباء المشوبة فاء ثم عرب بباء خالصة .

قوله : (كالسمن الجامد) أي : والنقد وما يتجافى في المكيال .

قوله : (وكل ما كان أكبر جرماً من التمر) أي : المعتدل فإن المعتبر فيه الوزن ، قال في « التحفة » : (جزماً ؛ إذ لم يعهد في ذلك العهد - أي : زمن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم - الكيل في ذلك)^(٣) ، قال (ع ش) : (ومنه الليمون فالعبرة فيه بالوزن)^(٤) .

قوله : (والمعتبر في الكيل والوزن) أي : ليعلم التساوي .

قوله : (أي : في كون الشيء معياراً أحدهما) أي : في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً .

قوله : (غالب عادة الحجاز) أي : أهل الحجاز ؛ وهو مكة والمدينة ، واليامة وقراها كالطائف وجدة وخيبر والينبع .

قوله : (في عهده) أي : النبي صلى الله تعالى عليه وسلم .

(١) تحفة المحتاج (٢٧٨/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٧٨/٤) ، نهاية المحتاج (٤٣٣/٣) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٧٨/٤) .

(٤) حاشية الشيرازي (٤٣٣/٣) .

أي : في زمن حياته (صَلَّى اللهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) ، فالمكيل في ذلك الزمن لا يصح بيع بعضه ببعض وزناً وإن اعتاده أهل البلد ، وأستوى كيله ووزنه ؛ لأنَّ الغالب على هذا الباب التعبد ، والموزون فيه لا يباع بعضه ببعض كيلاً ؛ لظهور أنَّه صَلَّى اللهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَطْلَعَ عَلَى ذَلِكَ وَأَقَرَّهُ ،

قوله : (أي : في زمن حياته صلى الله تعالى عليه وسلم) هذا هو المراد بالعهد هنا وإن كان يطلق على معان كثيرة .

قوله : (فالمكيل في ذلك الزمن) أي : كالبر مثلاً .

قوله : (لا يصح بيع بعضه ببعض وزناً) أي : فمعياره حتى الآن الكيل ولو بغير الآلة التي كيل بها في عهده صلى الله تعالى عليه وسلم ؛ كالقصة أو القفة .

قوله : (وإن اعتاده أهل البلد . . .) إلخ ؛ أي : فلا عبرة بما أحدث الناس بعده خلاف ذلك .

قوله : (لأن الغالب على هذا الباب التعبد) أي : فباب الربا أضيق بحيث لا يدخله التحري ولا التقويم ، قال في « التحفة » : (ومن ثم كفى الوزن بالماء في نحو الزكاة وأداء المسلم فيه لا هنا)^(١) .

قوله : (والموزون فيه) أي : في ذلك الزمن ، وهذا عطف على قوله : (فالمكيل . . .) إلخ .

قوله : (لا يباع بعضه ببعض كيلاً) أي : وإن اعتاده أهل البلد نظير ما مر .

قوله : (لظهور أنه صلى الله تعالى عليه وسلم . . .) إلخ ، هذا تعليل للمتن .

قوله : (اطلع على ذلك وأقره) أي : وقد روى البيهقي خبر : « الذهب بالذهب وزناً بوزن ، والبر بالبر كيلاً بكيل »^(٢) ، وروى أبو داود خبر : « المكيال مكيال أهل المدينة ، والميزان ميزان أهل مكة »^(٣) ، ولم يرد صلى الله تعالى عليه وسلم أنه لا مكيال ولا ميزان إلا بهما ؛ لجواز الكيل والوزن بغيرهما إجمالاً ، وإنما أراد أن الاعتبار بما يكال ويوزن بهما . « أسنى »^(٤) ، وفي هامشه : (انظر : لو كان شيء يكال بالمدينة ويوزن بمكة في عهده صلى الله تعالى عليه وسلم . . . فما العبرة ؟)^(٥) ، قال الشرييني : (والظاهر : أنه إن غلب فيه أحدهما . . . عمل به ، وإن استويا

(١) تحفة المحتاج (٢٧٨ / ٤) .

(٢) السنن الكبرى (٢٩١ / ٥) عن سيدنا عبادة بن الصامت رضي الله عنه .

(٣) سنن أبي داود (٣٣٤٠) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٤) أسنى المطالب (٢٤ / ٢) .

(٥) حواشي الرملي على شرح الروض (٢٤ / ٢) .

وَيُغْتَفَرُ فِي الْمَكِيلَيْنِ قَلِيلٌ نَحْوِ تَرَابٍ ، لَا فِي الْمَوْزُونَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَظْهَرُ . (فَإِنْ جُهِلَ) كَأَنْ لَمْ يَعْلَمْ
الْغَالِبُ فِيهِ فِي ذَلِكَ الزَّمَنِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ بِالْحِجَازِ (. . يُرْجَعُ) فِيهِ (إِلَى عَادَةِ) الْحِجَازِ ، فَإِنْ لَمْ
تَكُنْ . . أَعْتَبِرَ فِيهَا هُوَ أَكْبَرُ جَرماً مِنَ الثَّمَرِ الْمَعْتَدِلِ الْوِزْنَ ،

أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . . عَمَلٌ بِالْعَادَةِ إِلَّا فِيمَا يَأْتِي ، تَدْبِرُ (١) .

قوله : (وَيُغْتَفَرُ فِي الْمَكِيلَيْنِ) أي : كبر ببر .

قوله : (قَلِيلٌ نَحْوِ تَرَابٍ) أي : كدقاق تبين ؛ لدخوله في تضاعيف الحنطة فلا يظهران في المكيال .
قوله : (لَا فِي الْمَوْزُونَيْنِ) أي : لا يغتفر قليل نحو تراب في الموزونين ؛ كذهب بذهب لظهور
كثيره وقليله في الوزن ، قال في « حاشية الروض » : (لَوْ بَاعَ دِينَاراً بِدِينَارٍ وَسَاوَاهُ فِي مِيزَانٍ وَنَقَصَ
فِي آخِرٍ . . فَمِيزَانُ مَا قَالُوهُ مِنْ عَدَمِ الزَّكَاةِ ؛ لَعَدَمِ تَحَقُّقِ النَّصَابِ : أَلَا يَصِحُّ هُنَا ؛ لَعَدَمِ تَحَقُّقِ
الْمِمَّاثَلَةِ) (٢) .

قوله : (لِأَنَّهُ لَا يَظْهَرُ) أي : قليل نحو التراب لا يظهر في المكيال ، بخلافه في الوزن .

قوله : (فَإِنْ جُهِلَ) أي : كونه موزوناً أو مكياً .

قوله : (كَأَنْ لَمْ يَعْلَمْ الْغَالِبُ فِيهِ) أي : في ذلك الشيء .

قوله : (فِي ذَلِكَ الزَّمَنِ) أي : في عهده صلى الله تعالى عليه وسلم .

قوله : (أَوْ لَمْ يَكُنْ بِالْحِجَازِ) أي : أو علم وجوده في غير الحجاز ، أو عدم استعمال الكيل
والوزن فيه ، أو الغالب فيه ولم يتعين أو نسي ، أفاده في « التحفة » (٣) .

قوله : (يَرْجَعُ فِيهِ) أي : فيما ذكر .

قوله : (إِلَى عَادَةِ الْحِجَازِ) أي : وقت البيع ، فلا ينافي أن من جملة صوره كونه غير موجود في
زمنه صلى الله تعالى عليه وسلم ، ولم يقيد [هكذا] ، ولا ما عهد فيه [شيء] في عهده صلى الله تعالى
عليه وسلم بقدر من التمر ولا غيره ، لكن تعليلهم الآتي : (إِذْ لَمْ يَعْلَمْ فِي ذَلِكَ الْعَهْدِ) يدل على أن
ما كيل في عهده صلى الله تعالى عليه وسلم أو كان عرف الحجاز فيه ذلك لا يزيد على قدر التمر ،
فليتأمل .

قوله : (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ) أي : عادة في الحجاز وقت البيع .

قوله : (أَعْتَبِرَ فِيهَا هُوَ أَكْبَرُ جَرماً مِنَ الثَّمَرِ الْمَعْتَدِلِ الْوِزْنَ) أي : جرماً ؛ إذ لم يعلم في ذلك

(١) حاشية الشرييني على الغرر (٤/٤٧١) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٢٤/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٤/٢٧٨) .

وفيما هو مثله أو دونه عادة (البلد) أي : بلد البيع حالة البيع ، فإن قُدِّرَ بهما . . أعتبرَ الأغلبُ .
(فإن باعَ طعاماً بطعام آخرَ غير جنسه . . اشترطَ الحُلُولُ والتَّقَابُضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ دُونَ المُمَاثَلَةِ) كقدح
بُرٍّ بأقداح شعير . (وَالنَّقْدُ بالنَّقْدِ)

العهد الكيل في ذلك ، قاله في « التحفة »^(١) .

قوله : (وفيما هو مثله) أي : التمر كاللوز ، كذا في « شرح المنهج » وغيره^(٢) ، وهو تنظير في كونه كالتمر جرماً لا في الحكم ؛ لأن المعتمد : أن اللوز مكيل كما مر ، تدبر .
قوله : (أو دونه) أي : دون التمر جرماً .

قوله : (عادة البلد) هذا هو المعتمد ، وقيل : الكيل ؛ لأن أغلب ما ورد فيه النص الكيل ، وقيل : الوزن ؛ لأنه أخصر وأقل تفاوتاً ، وقيل : يتخير للتساوي ، وقيل : إن كان له أصل معلوم المعيار . . اعتبر أصله في الكيل والوزن فيه . انتهى من « المغني »^(٣) .

قوله : (أي : بلد البيع حالة البيع) أي : لأن الشيء إذا لم يكن محدوداً في الشرع ولا في اللغة . . كان الرجوع فيه إلى عادة الناس ؛ كالقبض والحرز . « مغني »^(٤) .
قوله : (فإن قدر بهما) أي : الكيل والوزن معاً في بلد البيع وقته .

قوله : (اعتبر الأغلب) أي : فإن فقد الأغلب . . ألحق بالأكثر شبهاً ، فإن لم يوجد . . جاز فيه الكيل والوزن ، ويظهر في متبايعين بطرفي بلدين مختلفي العادة التخيير أيضاً ، قاله في « التحفة »^(٥) .
قوله : (فإن باع طعاماً بطعام آخر غير جنسه) أي : كبر يشعير أو بأرز أو نحوهما من الأطعمة .
قوله : (اشترط الحلول) أي : بالآ يشترط في العقد التأجيل .

قوله : (والتقابض قبل التفرق) أي : أو التأخير كما مر .

قوله : (دون المماثلة) أي : فإنها لا تشترط هنا .

قوله : (كقدح بر بأقداح شعير) تمثيل لعدم المماثلة .

قوله : (والنقد بالنقد) أي : بيع النقد بالنقد ؛ وهو الذهب والفضة ولو غير مضروبين ؛ لأن

تخصيصه بالمضروب مهجور في عرف الفقهاء .

(١) تحفة المحتاج (٤/٢٧٨) .

(٢) فتح الوهاب (١/١٦١) .

(٣) مغني المحتاج (٢/٣٣) .

(٤) مغني المحتاج (٢/٣٣) .

(٥) تحفة المحتاج (٤/٢٧٩) .

كَطَعَامٍ بِطَعَامٍ) فِيمَا ذَكَرَ فِيهِ ، ففِي ذَهَبٍ بِذَهَبٍ - وَإِنْ اِخْتَلَفَا جَوْدَةً أَوْ رَدَاءَةً - تُشْتَرَطُ الشُّرُوطُ
الْثَلَاثَةُ ، وَفِي ذَهَبٍ بِفُضَّةٍ يُشْتَرَطُ غَيْرُ الْمُمَاثِلَةِ . وَالْمَعْيَارُ هُنَا الْوِزْنُ مُطْلَقاً ؛

قوله : (كطعام بطعام) أي : كبيع طعام بطعام .

قوله : (فيما ذكر فيه) أي : في جميع ما سبق من الأحكام ، وإنما قدم المصنف الكلام على
الطعام على الكلام على النقد عكس الوارد في الحديث الآتي ؛ لأن الكلام في الطعام أكثر منه في
النقد فقدم لذلك ، وأما قولهم : إن تقديم ما يقل فيه الكلام أولى .. فإنما هو بحسب المقاصد ،
تدبر .

قوله : (ففي ذهب بذهب) أي : أو فضة بفضة .

قوله : (وإن اختلفا جودة أو رداءة) أي : لما مر أنه لا نظر في هذا الباب لتمييز أحد العوضين
بزيادة قيمة ولا صنعة ، حتى لو اشترى بدنانير ذهباً مصوغاً قيمة أضعاف الدنانير .. اعتبر المماثلة
ولا نظر إلى القيمة .

قوله : (تشترط الشروط الثلاثة) أي : الحلول ، والتقابض قبل التفرق أو التخاير ، والمماثلة
يقيناً .

قوله : (وفي ذهب بفضة) أي : في بيعه بها .

قوله : (يشترط غير المماثلة) أي : الحلول والتقابض قبل التفرق أو التخاير ، ويجوز
التفاضل .

قوله : (والمعيار هنا) أي : في بيع النقد بالنقد ، يقال : عايره بالمعيار : قدره به ، وعاير
بينهما معاييرة وعياراً : قدرهما ونظر ما بينهما .

قوله : (الوزن مطلقاً) أي : سواء كان قطعاً كبيراً أم صغيراً فلا يدخله الكيل ، وهذا البيع -
أعني : بيع النقد بالنقد من جنسه - يسمى مراطلة ، أو غيره يسمى صرفاً ، ويصح على معنيين
إجماعاً ؛ كبعتك أو صارفتك هذا الدينار بهذه الدراهم ، وعلى موصوفين على المشهور ؛ كبعتك
أو صارفتك ديناراً صفته كذا في ذمتي بعشرين درهماً من الضرب الفلاني في ذمتك ، والحيلة في
تمليك الربوي بجنسه كذهب بذهب متفاضلاً أن يبيعه من صاحبه بدراهم أو عرض ويشترى منه بها أو
به الذهب بعد التقابض فيجوز وإن لم يتفرقا ولم يتخايرا ؛ لتضمن البيع الثاني إجازة الأول ، بخلافه
مع الأجنبي ، أو يقرض كلُّ صاحبه ويبرئه ، أو يتواهاها الفاضل لصاحبه ، وهذا جائز إذا لم يشترط
في بيعه وإقراضه وهبته ما يفعله صاحبه وإن كره قصده ؛ لأن كل شرط أفسد التصريح به العقد إذا
نواه كره ؛ كما لو تزوجها بشرط أن يطلقها . لم ينعقد ، أو بقصد ذلك .. كره ، على أن التحقيق

وذلك لما صحَّ مِنْ قوله صَلَّى اللهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ ، وَلَا الْوَرَقَ بِالْوَرَقِ ، وَلَا الْكَبُرَّ بِالْكَبُرِّ ، وَلَا الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ ، وَلَا التَّمْرَ بِالتَّمْرِ ، وَلَا الْمِلْحَ بِالْمِلْحِ إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ ، عَيْنًا بَعِينَ ، يَدًا بِيَدٍ ، »

أن كلاً من القصد والعقد الذي قصد به ذلك مكروه ، ثم هذه الطرق ليست حيلة في بيع الربوي بجنسه متفاضلاً ؛ لأنه حرام ، بل حيل في تمليكه لتحصيل ذلك ، أفاده في « الأسنى »^(١) .
قوله : (وذلك) أي : ما ذكر من اشتراط الشروط الثلاثة في الأول ، والاثنين في الأخير سواء في بيع الطعام بالطعام والنقد بالنقد .

قوله : (لما صحَّ مِنْ قوله صَلَّى اللهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) أي : فيما رواه مسلم بأسانيد كثيرة^(٢) .
قوله : (« لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ وَلَا الْوَرَقَ بِالْوَرَقِ ») بكسر الراء ؛ أي : الفضة ، قال النووي : عن العلماء : (هذا يتناول جميع أنواع الذهب والورق من جيد ورديء وصحيح ومكسور وحلي وتبر ، وغير ذلك . وسواء الخالص والمخلوط بغيره ، وهذا كله مجمع عليه) انتهى^(٣) .
قوله : (« وَلَا الْبَرَّ بِالْبَرِّ . . . ») إلخ ، ذكر في الحديث ستة أشياء اثنان من النقد ، وأربعة من المطعومات ، والأولان لا يقاس عليهما ؛ لعدم علتها ، والأربعة الأخيرة يقاس عليها ما وجد فيه علتها ، وهي تنقسم من حيث العلة إلى ثلاثة أقسام ؛ لأن البر والشعير مقتات ، والتمر فاكهة وإدام ، والملح مصلح .

قوله : (« إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ ») (سواء) الأول حال ، والثاني مع جاره متعلق بمحذوف صفة ؛ أي : سواءً مقابلًا بسواء ؛ أي : لا تبيعوا ذلك إلا حال كونهما متساويين ، ومثله يقال فيما بعده ، وفي رواية : « إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ سَوَاءً سَوَاءً »^(٤) ، قال بعضهم : جمع بينهما ؛ للتوكيد ، أو لدفع توهم المماثلة التقريبية ، فأفاد به أن المراد : المساواة حقيقة لا بحسب الحزر والتخمين ، ويحتمل أن المراد بالأول : المساواة في المكيل ، وبالثاني : المساواة في الموزون ، أو بالعكس ، وهذا أولى ؛ لأن التأسيس خير من التأكيد .

قوله : (« عَيْنًا بَعِينَ ») أي : حالين .

قوله : (« يَدًا بِيَدٍ ») أي : متقابضين قبضاً حقيقياً قبل التفرق . شيخنا رحمه الله تعالى^(٥) .

(١) أسنى المطالب (٢٣ / ٢) .

(٢) صحيح مسلم (١٥٨٦ - ١٥٨٧) عن سيدنا عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهم .

(٣) شرح صحيح مسلم (١٠ / ١١) .

(٤) صحيح مسلم (١٥٨٤) عن سيدنا أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٥) إعانة الطالبين (١٥ / ٣) .

فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَجْنَاسُ . . فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدَا بَيْدٍ « أَي : مَقَابِضَةٌ ، وَمِنْ لَازِمِهَا الْحُلُولُ ؛ أَي : غَالِبًا . (وَيُعْتَبَرُ) لَعَلِّمَ التَّسَاوِي - فِيمَا يُعْتَبَرُ أَحْوَالُهُ مِنْ الرُّبُوبِيَّاتِ الْمَبِيعَةِ بِجِنْسِهَا - حَالُ كَمَالِهِ بِأَنْ يَتَهَيَّأَ لِأَكْثَرِ الْإِنْتِفَاعَاتِ بِهِ ،

قوله : (« فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَجْنَاسُ ») أَي : وَاتَّحَدَتْ عِلَّةُ الرِّبَا ؛ كَبَرِ بِشَعِيرٍ ، وَذَهَبٍ بِفِضَّةٍ ، وَالدَّلِيلُ عَلَى هَذَا الْقَيْدِ : الْإِجْمَاعُ كَمَا سَيَأْتِي عَنْ « التَّحْفَةِ » .

قوله : (« فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ ») أَي : مَتَمَاثِلًا وَمَتَفَاضِلًا .

قوله : (« إِذَا كَانَ يَدَا بَيْدٍ ») (كَانَ) تَامَةً ، وَفَاعِلُهَا ضَمِيرٌ مُسْتَرٍ يَعُودُ عَلَى الْبَيْعِ ، وَ(يَدَا بَيْدٍ) حَالٌ مِنَ الضَّمِيرِ الْمُسْتَرِّ ؛ أَي : إِذَا وَجَدَ بَيْعُ الْأَصْنَافِ الْمُخْتَلِفَةِ حَالُ كَوْنِهِ يَدَا بَيْدٍ . شَيْخُنَا رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى^(١) .

قوله : (« أَي : مَقَابِضَةٌ ») تَفْسِيرُ لـ (يَدَا بَيْدٍ) .

قوله : (« وَمِنْ لَازِمِهَا ») أَي : الْمَقَابِضَةُ .

قوله : (« الْحُلُولُ ») أَي : وَإِلَّا . . لَجَازَ تَأْخِيرَ التَّسْلِيمِ إِلَى زَمَنِهِ ، كَذَا نَقَلُوهُ عَنِ الرَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى^(٢) .

قوله : (« أَي : غَالِبًا ») أَي : فَالْمَلَاظِمَةُ الْمَذْكُورَةُ إِنَّمَا هِيَ بِاعْتِبَارِ الْغَالِبِ ، وَمِنْ غَيْرِ الْغَالِبِ قَدْ يَحْصُلُ التَّقَابُضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ مَعَ كَوْنِ الْعَقْدِ مُشْرُوطًا فِيهِ التَّأْجِيلُ لِأَحَدِ الْعَوْضِينَ لِحِظَةِ مَثَلًا ، قَالَ فِي « التَّحْفَةِ » وَ« النِّهَايَةِ » : (وَمَا اقْتَضَاهُ - أَي : الْحَدِيثُ - مِنْ اشْتِرَاطِ الْمَقَابِضَةِ وَلَوْ مَعَ اخْتِلَافِ الْعِلَّةِ غَيْرِ مُرَادٍ إِجْمَاعًا)^(٣) ، قَالَ الْعَلَامَةُ ابْنُ قَاسِمٍ : (هَذَا دَلِيلٌ قَاطِعٌ عَلَى أَنَّ شُمُولَ الْعِبَارَةِ لَغَيْرِ الْمُرَادِ لَا يَقْدَحُ فِي صِحَّتِهَا ، وَهَذَا مِمَّا يَنْفَعُ الْمُصَنِّفِينَ) فَلْيَتَأَمَّلْ^(٤) .

قوله : (« وَيُعْتَبَرُ لَعَلِّمَ التَّسَاوِي . . . ») إلخ ، هَذَا شُرُوعٌ فِي بَيَانِ الْحَالِ الَّتِي تُعْتَبَرُ فِيهَا الْمِمَاثِلَةُ .

قوله : (« فِيمَا يُعْتَبَرُ أَحْوَالُهُ ») كَذَا فِي الْأَصْلِ ، وَلَعَلَّ الْأَصُوبَ : (فِيمَا تُتَغَيَّرُ أَحْوَالُهُ) ، فَلْيَحْرُرْ .

قوله : (« حَالُ كَمَالِهِ ») نَائِبٌ فَاعِلٌ (يُعْتَبَرُ لَعَلِّمَ التَّسَاوِي) .

قوله : (« بِأَنْ يَتَهَيَّأَ لِأَكْثَرِ الْإِنْتِفَاعَاتِ بِهِ ») أَي : مَعَ إِمْكَانِ الْعِلْمِ بِالْمِمَاثِلَةِ ، فَلَا يَرَدُ أَنَّ مَا لَا جَفَافَ

(١) إعانة الطالبين (١٥/٣) .

(٢) الشرح الكبير (٧٦/٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٧٥/٤) ، نهاية المحتاج (٤٢٧/٣) .

(٤) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٧٥/٤) .

أَوْ يَصْلَحَ أَدْخَارُهُ ؛ فَفِي نَحْوِ التَّمْرِ لَا تَكْفِي (الْمُمَائِلَةُ) فِيهِ إِلَّا (وَقْتُ الْجَفَافِ ، فَلَا يُبَاعُ رُطْبُ بَرُطْبٍ وَلَا يَتَمَرُ) إِلَّا فِي الْعَرَايَا ،

له ؛ كالتقاء وباقي الخضراوات لا يباع بعضه ببعض . (ع ش)^(١) .

قوله : (أَوْ يَصْلَحَ ادْخَارُهُ) أي : كالسمن ، فحال الكمال : وصول الشيء إلى حالة يطلب فيها غالباً ، لهذا هو الضابط في ذلك .

قوله : (ففي نحو التمر) كذا بالمشناة هنا ، والذي في « التحفة » و« النهاية » : ثمر^(٢) ، قال (ع ش) : (هو بالمثلثة كما يفهمه قوله : « إلا وقت الجفاف » ؛ إذ لو قرئ بالمشناة . . لم يكن لقوله : « إلا وقت الجفاف » معنى بالنسبة للتمر) انتهى ، فليتأمل^(٣) .
قوله : (لا تكفي المماثلة فيه) أي : في التمر .

قوله : (إلا وقت الجفاف) أي : ليصير كاملاً ، وأما تنقيتها . . فشرط للمماثلة لا للكمال ؛ وذلك لخبر : سئل رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر فقال : « أينقص الرطب إذا ييس ؟ » قالوا : نعم ، قال : « فلا إذا » رواه الترمذي وصححه^(٤) ، أشار صلى الله تعالى عليه وسلم بقوله : « أينقص . . » إلخ إلى أن المماثلة إنما تعتبر حال الجفاف ، وجه الإشارة : أن نقصان الرطب بالجفاف أوضح من أن يسأل عنه لكونه معلوماً لكل أحد ، فكان الغرض من السؤال الإشارة إلى ذلك ، تدبر .

قوله : (فلا يباع رطب برطب) بضم الرائين وفتح الطاءين ، وخالف في هذا المزني كالأئمة الثلاثة رضي الله تعالى عنهم^(٥) .

قوله : (ولا بتمر) أي : لا يباع رطب بتمر ، ولا عنب بعنب ولا بزبيب ، ولا بسر ببسر ولا برطب ولا بتمر ، ولا طلع إناث بأحدهما ولا بمثله . « تحفة »^(٦) .

قوله : (إلا في العرايا) أي : فإنها جائزة ؛ وهي بيع الرطب أو العنب على شجره خرصاً بمثله تمرأ أو زبيباً كيلاً فيما دون نصاب الزكاة ؛ وهو خمسة أوسق كما مر ؛ وذلك لأنه صلى الله تعالى عليه وسلم : (نهى عن بيع الثمر بالتمر ، ورخص في العرايا أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً)

(١) حاشية الشيراملسي (٤٣٤ / ٣) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٨٠ / ٤) ، نهاية المحتاج (٤٣٤ / ٣) .

(٣) حاشية الشيراملسي (٤٣٤ / ٣) .

(٤) سنن الترمذي (١٢٢٥) عن سيدنا سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه .

(٥) مختصر المزني (ص ٧٧) .

(٦) تحفة المحتاج (٢٨١ / ٤) .

ولا رطب - بفتح الراء - برطب من جنسه كقثاء وعنب بمثله ؛ لعدم تحقق المماثلة حينئذ

رواه الشيخان^(١) ، ورويا أيضاً : (أنه رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، أو في خمسة أوسق) شك داوود بن حصين أحد رواة^(٢) ، فأخذ الشافعي رضي الله تعالى عنه باليقين ، وقيس بالتمر العنب ؛ بجامع أن كلاهما زكوي يمكن خرصه ويدخر يابسه ، ومثلهما البسر .
ثم لا فرق في الأظهر بين الفقير والغني ، وأما ما روي عن زيد بن ثابت : (أن رجلاً من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس ، وعندهم فضل قوتهم من التمر ، فرخص لهم أن يتتاعوا العرايا بخرصها من التمر)^(٣) . فأجيب عنه بأن هذا حكمة المشروعية ، ثم قد يعم الحكم ؛ كما في الرمل والاضطباع في الطواف .

قوله : (ولا رطب) أي : ولا يباع شيء رطب .

قوله : (بفتح الراء) أي : وسكون الطاء .

قوله : (برطب من جنسه) خرج به : الرطب الذي ليس من جنسه ؛ لعدم اشتراط المماثلة حينئذ .

قوله : (كقثاء وعنب بمثله) أي : والحصرم والبلح على نزاع فيهما ، وظاهر كلامه : أنه لا عبرة بما يجف من نحو القثاء ؛ كالباذنجان وجبب الرمان ، ويمكن توجيهه بأن النظر فيه للغالب ، لكن الذي أورده جمع : الجواز فيما يجف من ذلك ولم يخرج بالجفاف عن كونه مطعوماً ، بخلاف القرع فإنه بعد جفافه لا يصلح للأكل ، تأمل .

قوله : (لعدم تحقق المماثلة حينئذ) أي : حين إذ كان رطباً ، قال في « التحفة » : (نعم ؛ الزيتون يباع بعضه ببعض حال اسوداده ونضجه ؛ لأنه كامل ، على أنه قيل : لا يستثنى ؛ لأن رطوبته زيتة وليس فيه مائية أصلاً)^(٤) ، وقد جزم بعدم الاستثناء في « النهاية » ، وزاد : (ولو كان فيه مائية . . لجف)^(٥) ، لكن نظر فيه الزيادي بأنه إذا وضع عليه ملح . . خرج منه ماء صرف يشاهد على أن قوله : (لأن رطوبته زيتة . .) إلخ ممنوع ، وبتسليمه قد يقال : الجفاف عبارة عن انتفاء

(١) صحيح البخاري (٢١٩١) ، صحيح مسلم (١٥٤٠) عن سيدنا سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه .

(٢) صحيح البخاري (٢٣٨٢) ، صحيح مسلم (١٥٤١) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) أخرجه البيهقي في « معرفة السنن والآثار » (١٠٠ / ٨) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٨١ / ٤) .

(٥) نهاية المحتاج (٤٣٦ / ٣) .

(وَ) لا تعتبر المماثلة (في الحبوب) إلا حال (كونه حَبًّا) جافاً ، وكذا اللَّحْمُ (فَلَا يُبَاعُ دَقِيقٌ بِدَقِيقٍ) إن اتحد جنسهما ، وكذا سويق ونشأ ، وحب قشر أو بُلّ وإن جفَّ . ولا يُباع نحو جبن وزيد ومصل بجنسه ولا بسمن . ولا لبن أو بُرّ أو نحوهما

الرطوبة ، أو قلتها أعم من أن تكون مائة أو دهنية ، ولعل هذا وجه تعبير الشارح رحمه الله تعالى به (قيل) ، والله أعلم ، أفاده السيد عمر .

قوله : (ولا تعتبر المماثلة في الحبوب) أي : التي يتناهي جفافها وهي منقاة من نحو تبين وزوان ، والمراد بتناهي الجفاف هنا : وصوله إلى حالة يتأتى منه ادخاره عادة ، أو ألا يظهر بزوال الرطوبة الباقية أثر في المكبال ، تدبر .

قوله : (إلا حال كونه حَبًّا جافاً) أي : لتحقيق المماثلة فيها حينئذ .

قوله : (وكذا اللحم) أي : فيعتبر فيه كونه جافاً .

قوله : (فلا يباع دقيق بدقيق) أي : لأنه يتفاوت في النعومة .

قوله : (إن اتحد جنسهما) أي : الدقيقين ؛ كدقيق بر بدقيق بر ، بخلاف ما إذا لم يتحد الجنس ؛ لعدم اشتراط المماثلة حينئذ .

قوله : (وكذا سويق) أي : دقيق المقلي من الشعير أو الحنطة كما قاله السيد عمر .

قوله : (ونشأ) بالقصر : معروف .

قوله : (وحب قشر أو بُلّ) أي : حب أزيل قشره أو بل بالماء مثلاً فـ (قشر) و (بل) (فعلاّن مبنيان للمجهول .

قوله : (وإن جف) أي : الحب ، وكذا طحين سمس قبل استخراج دهنه وطعينه ؛ لما فيه من الخليط ، بخلاف كسبه الخالص من الدهن الذي يؤثر في الوزن ، وأما ما لا يؤثر في الوزن . . فيباع بمثله .

قوله : (ولا يباع نحو جبن وزيد ومصل) أي : وأقط وخاثر .

قوله : (بجنسه) أي : للجهل بالمماثلة بمخالطة نحو الإنفحة أو الملح أو الدقيق ؛ فإن الأقط لبن يضاف إليه دقيق فيجمد ، فإذا وضع على الحصر التي يعصر عليها . . سال منه المصل مخلوطاً بالدقيق ، تدبر .

قوله : (ولا بسمن) أي : ولا يباع شيء مما ذكر بسمن .

قوله : (ولا لبن أو بر أو نحوهما) أي : ولا يباع لبن أو بر أو نحوهما كالشعير ، فهو معطوف على قوله : (نحو جبن . .) إلخ .

بِمَا أُتْخَذَ مِنْهُ ، وَلَا تَمْرٌ وَزَيْبٌ بِمِثْلِهِ إِنْ نُرِعَ نَوَاهُ ، وَلَا لَحْمٌ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ بِهِ عَظْمٌ أَوْ مِلْحٌ يُؤْثَرُ فِي
الْوَزَنِ ، وَلَا خَلٌّ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ فِيهِ مَاءٌ ، أَوْ بَغِيرُ جَنْسِهِ إِنْ كَانَ فِي كُلِّ مِنْهُمَا مَاءٌ

قوله : (بما اتخذ منه) أي : من اللبن أو البر أو نحوهما ؛ لخروجها عن حالة الكمال وعدم العلم بالمماثلة ، وأخذ منه : أن محل الامتناع ما لم يكونا كاملين أو يفرط التفاوت بينهما فيما ذكر ، فليتأمل .

قوله : (ولا تمر وزيب بمثله) أي : ولا يباع تمر بمثله ولا زيب بمثله ، فهو عطف أيضاً على (نحو جبن) .

قوله : (إن نزع نواه) أي : كل من التمر والزيب ؛ وذلك لذهاب كماله بسرعة الفساد إليه حينئذ ، قال في « حاشية الروض » : (وعلم منه : أنه لو فرض تمر وزيب لا نوى له صح بيعه بمثله لكماله)^(١) .

قوله : (ولا لحم بمثله) أي : ولا يباع لحم بمثله ، فهو عطف أيضاً على (نحو جبن) .
قوله : (إن كان به عظم أو ملح يؤثر في الوزن) أي : بخلاف ما لم يكن فيه عظم ولا ملح ، أو كان ولم يؤثر في الوزن ؛ لقلته فتزع العظم المذكور شرط في صحة بيع اللحم بمثله ، ولا يبطل كماله به ؛ لأنه لا يتعلق ببقائه صلاح .

ومعلوم : أن الكلام في القديد ؛ إذ اللحم الطري لا يباع بعضه ببعض من جنسه مطلقاً ؛ ففي « النهاية » : (وألحق بالرطب في ذلك طري اللحم ، فلا يباع بطريه ولا بقديده من جنسه ، ويباع قديده بقديده بلا عظم ولا ملح يظهر في الوزن)^(٢) .

قوله : (ولا خل بمثله) أي : ولا يباع خل بجنسه .

قوله : (إن كان فيه ماء) أي : بخلاف ما إذا لم يكن فيه ماء . . فإنه يجوز بيعه بمثله .

قوله : (أو بغير جنسه إن كان في كل منهما ماء) أي : لأنه حينئذ من قاعدة : مدعوجة ، وعلم من كلامه هنا : ضابط مسائل الخلول ، وهو : أن كل خلين لا ماء فيهما يجوز بيع أحدهما بالآخر اتحد الجنس أم اختلف ، وكذا إذا كان في أحدهما ماء واختلف الجنس ، وكل خلين فيهما ماء يتمتع بيع أحدهما بالآخر وإن اختلف الجنس ، وكذلك إذا كان في أحدهما ماء واتحد الجنس ، تأمل .

(١) حواشي الرمل على شرح الروض (٢٨/٢) .

(٢) نهاية المحتاج (٤٣٦/٣) .

(وَلَا تَكْفِي مُمَائِلَةٌ مَا أَثَرَتْ فِيهِ النَّارُ) بطبخ أو قلبي أو شيء ؛ لاختلاف تأثيرها ، فيمنع العلم بالمماثلة ، فلا يُباع نحو سكرٍ ولبٍ ونشأ وخبزٍ بمثلِهِ ، ولا بأصلِهِ ، ولا بسائرٍ ما يُتَّخذُ مِنْ أَصْلِهِ (إِلَّا نَارَ التَّمْيِيزِ ؛ كَالْعَسَلِ وَالسَّمَنِ) إِذَا مِزَ بِهَا شَمْعُ الْأَوَّلِ ، وَرُوبَةُ الثَّانِي ؛

قوله : (ولا تكفي مماثلة ما أثرت فيه النار بطبخ) أي : كاللحم .

قوله : (أو قلبي) أي : كالسمسم .

قوله : (أو شيء) أي : كالبيض ، أو عقد كما في « التحفة » وغيرها^(١) ، وذلك مثل : الدبس والسكر والفانيد ، وخرج بالطبخ وما بعده : تأثير التمييز كما سيأتي في المتن ، وما أثرت فيه الحرارة فقط ؛ كالماء المغلي . . فيباع بعضه ببعض ؛ لأنه لا يتأثر بالنار تأثر غيره بها .

قوله : (لاختلاف تأثيرها) أي : النار قوة وضعفاً .

قوله : (فيمنع العلم بالمماثلة) أي : والجهل بها كحقيقة المفاضلة كما مر .

قوله : (فلا يباع نحو سكر . . .) إلخ ؛ أي : وفانيد ؛ وهو عسل القصب المسمى بالمرسل .

قوله : (بمثله . . .) إلخ : متعلق بـ (لا يباع) .

قوله : (ولا بأصله ولا بسائر ما يتخذ من أصله) كذا في « الأسنى »^(٢) ، قال ابن قاسم : (وقضيته : امتناع بيع السكر بالفانيد ؛ لأنه متخذ من أصله وهو القصب ، لكن يخالف قول « الروض » بعد ذلك : « والسكر والفانيد جنسان » انتهى ؛ إذ قضية كونهما جنسين : جواز بيع أحدهما بالآخر ؛ لعدم اشتراط المماثلة في الجنسيتين فلا يضر تأثير النار ، اللهم إلا أن يلتزم أن أصل أحدهما غير أصل الآخر ؛ أخذاً من تعليل شرحه كونهما جنسين بـ « اختلاف قصبهما ؛ لأن الفانيد يتخذ من قصب قليل الحلاوة كأعالي العيدان ، والسكر يطبخ من أسافلها وأوساطها لشدة حلاوتهما » انتهى ، وكل منهما لا يصدق عليه أنه متخذ من أصل الآخر ؛ لاختلاف أصلهما ، فليتأمل)^(٣) .

قوله : (إلا نار التمييز ؛ كالعسل والسمن) أي : والذهب والفضة .

قوله : (إذا ميز بها) أي : بالنار .

قوله : (شمع الأول) أي : العسل .

قوله : (وروبة الثاني) أي : لبن السمن ، وغش الذهب والفضة .

(١) تحفة المحتاج (٢٨٥ / ٤) .

(٢) أسنى المطالب (٢٨ / ٢) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٨٥ / ٤) .

فَإِنَّهَا لَخَفَّتْهَا لَا تَمْنَعُ ذَلِكَ . وَمَنْ ثَمَّ لَوْ أُنْعِدَ بِهَا أَجْزَاؤُهُمَا . . . كَانَا كَالْأَوَّلِ . (وَإِذَا بَاعَ جِنْسًا رَبَوِيًّا بِجِنْسِهِ وَمَعَهُمَا أَوْ مَعَ أَحَدِهِمَا جِنْسٌ آخَرُ) وَلَوْ غَيْرَ رَبَوِيٍّ (أَوْ نَوْعٌ آخَرُ)

قوله : (فَإِنَّهَا لَخَفَّتْهَا) أي : نار التمييز

قوله : (لَا تَمْنَعُ ذَلِكَ) أي : المماثلة فالنار في ذلك لطيفة لَا تُوْثِرُ فِي الْعَقْدِ .

قوله : (وَمَنْ ثَمَّ) أي : ومن أَجَلَ هَذَا التَّعْلِيلِ .

قوله : (لَوْ أُنْعِدَ بِهَا أَجْزَاؤُهُمَا) أي : الْعَسَلِ وَالسَّمَنِ .

قوله : (كَانَا كَالْأَوَّلِ) أي : فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِمَا بِبَعْضٍ ؛ لِلْجَهْلِ بِالْمِمَاثِلَةِ ، قَالَ فِي « الْمَغْنِيِّ » : (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْعَسَلِ بِشَمْعِهِ بِمِثْلِهِ وَلَا بِصَافٍ ؛ لِقَاعِدَةِ : مَدَّ عَجْوَةً ، فَإِنْ قِيلَ : هَلَا جَازَ كَبَيْعُ التَّمْرِ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ وَفِيهِ النَّوْيُ ؟ أَجِيبُ بِأَنَّ النَّوْيَ غَيْرُ مَقْصُودٍ ، بِخِلَافِ الشَّمْعِ فِي الْعَسَلِ فَإِنْ اجْتَمَعَا يُوْدِي إِلَى الْجَهَالَةِ) تَدْبِيرٌ ^(١) .

قوله : (وَإِذَا بَاعَ . . .) إلخ ، هَذَا شُرُوعٌ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمَشْهُورَةِ بِنَاعِدَةِ مَدَّ عَجْوَةً وَدَرَاهِمَ ، وَالْغَرَضُ مِنْ إِيْرَادِهَا هُنَا : تَقْيِيدُ مَا تَقْدُمُ مِنْ اعْتِبَارِ الْمِمَاثِلَةِ فِي الْوِزْنِ وَالْكَيْلِ فَقَطْ ؛ كَأَنَّهُ قَالَ : مُحَلٌّ اعْتِبَارَ ذَلِكَ فَقَطْ وَعَدَمَ النَّظَرِ لِلْقِيَمَةِ مَا لَمْ يَكُنِ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ ، وَإِلَّا . . . نَظَرَ فِيهِ لِلْقِيَمَةِ مَعَ الْوِزْنِ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ كَمَا سَيَأْتِي .

قوله : (جِنْسًا رَبَوِيًّا بِجِنْسِهِ) أي : وَلَيْسَ ذَلِكَ الْجِنْسُ تَابِعًا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَقْصُودِ ، وَلَا ضَمْنًا مِنَ الْجَانِبَيْنِ ؛ بِأَنَّ كَانَ ظَاهِرًا فِي كُلِّ مَنِهَا أَوْ ظَاهِرًا فِي أَحَدِهِمَا كَامِنًا فِي الْآخَرِ .
قوله : (وَمَعَهُمَا أَوْ مَعَ أَحَدِهِمَا) أي : الْجِنْسَيْنِ .

قوله : (جِنْسٌ آخَرٌ وَلَوْ غَيْرَ رَبَوِيٍّ) أي : فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمَضْمُونِ لِلرَّبَوِيِّ الْمُتَّحِدِ الْجِنْسَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ رَبَوِيًّا وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ جِنْسَ الْمَبِيعِ اخْتَلَفَ وَإِنْ لَمْ يَخْتَلَفِ الْجِنْسُ الرَّبَوِيُّ .

قوله : (أَوْ نَوْعٌ آخَرٌ) أي : سَوَاءٌ كَانَ نَوْعًا حَقِيقِيًّا أَمْ صِفَةً ؛ بِأَنَّ اخْتِلَافَ النَّوعِ الْحَقِيقِيِّ مِنَ الْجَانِبَيْنِ جَمِيعُهُمَا ؛ بِأَنَّ اشْتَمَلَ أَحَدُهُمَا مِنْ جِنْسٍ رَبَوِيٍّ عَلَى نَوْعَيْنِ اشْتَمَلَ الْآخَرُ عَلَيْهِمَا أَوْ عَلَى أَحَدِهِمَا ، أَوْ اخْتَلَفَ الْوَصْفُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ جَمِيعُهُمَا ؛ بِأَنَّ اشْتَمَلَ أَحَدُهُمَا مِنْ جِنْسٍ رَبَوِيٍّ عَلَى صَفَيْنِ اشْتَمَلَ الْآخَرُ عَلَيْهِمَا .

وَالْحَاصِلُ كَمَا قَالَه (ع ش) : أَنَّ الْاِخْتِلَافَ حَيْثُ كَانَ بِتَعَدُّدِ الْجِنْسِ أَوْ النَّوعِ أَوْ الصِّفَةِ إِمَّا فِي الطَّرْفَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا . كَانَ الْحَاصِلُ مِنْ ذَلِكَ تِسْعُ صُورٍ : تَعَدُّدُ الْجِنْسِ أَوْ النَّوعِ أَوْ الصِّفَةِ فِي كُلِّ مِنْ

كَمْدٌ عَجْوَةٌ بِمَدٍّ مِنْهَا وَدَرَهَمٍ (أو : بمدٍّ وثوبٍ ، أو بِمُدَيْنٍ أو بِدَرَهْمَيْنِ ،)

الطرفين أو أحدهما ، وانمد المعتبر في أحد الطرفين إما أن تزيد قيمته على الدرهم أو تنقص أو تساوي ، فتلك ثلاث صرر تضرب في التسع المذكورة تبلغ سبعاً وعشرين صورة ، والعقد في جميعها باطل ، إلا إذا كان المبيع صحاحاً ومكسرة بمثلها أو بصحاح فقط أو بمكسرة فقط قيمة المكسرة كقيمة الصحيح . . فإن العقد صحيح ، تدبر^(١) .

قوله : (كمد عجوة) أي : ودرهم كما في غيره ، وهذا مثال لاختلاف الجنس ، وهو السبب في تسمية هذه المسألة بما مر ، وهي مسألة مشهورة بالصعوبة حتى أفردت بتأليف مستقل ، فممن أفردها به : العلامة محمد بن زياد الوضاحي وداوود بن عباس السالمي والعلامة البرماوي ، قال : (وضابطها : أن يشتمل كل من طرفي العقد الواحد على جنس متحد فيهما سواء كان وجوده حقيقياً فيهما ، أو ضمناً في طرف وحقيقياً في الآخر ، ومع أحدهما أو كل منهما عين أخرى ربوية أو لا^(٢) مخالفة له جنساً أو نوعاً أو صفة . .) إلخ ، وقد أشرت إلى هذا الضابط فيما مر .

قوله : (بمد منها ودرهم) وجه البطلان في هذا : أن قيمة المد إن كانت أكثر من الدرهم الذي معه ؛ كدرهمين . . فمد الدرهمين ثلثا طرف المبيع ، فيقابله ثلثا مد وثلثا درهم من الطرف الآخر ، بقي منه ثلث مد وثلث درهم في مقابلة الدرهم من ذلك الطرف ؛ فيوزع الدرهم المذكور على ثلث المد وثلث الدرهم بالسوية ، فتتحقق المفاضلة في مقابلة ثلث درهم بنصف درهم .

وإن كانت أقل ؛ كنصف درهم . . فيكون المد ثلث ما في هذا الطرف فيقابله ثلث مد وثلث درهم من الطرف الآخر ، بقي منه [ثلثا مد و] ثلثا درهم في مقابلة الدرهم في ذلك الطرف ؛ فيوزع الدرهم المذكور على ثلثي المد وثلثي الدرهم بالسوية ، فتتحقق المفاضلة في مقابلة ثلثي درهم بنصف .

وإن كانت مساوية لقيمة الدرهم الذي معه . . لزم الجهل بالمماثلة ؛ لأنها تستند [إلى] التقويم وهو حدس وتخمين قد يكون صواباً وقد يكون خطأ والشرط هنا المماثلة الحقيقية ، وإنما لم تتفرق الصفة ؛ لأن الفساد للهيئة الاجتماعية كالعقد على خمس نسوة ، تدبر .

قوله : (أو بمد وثوب) هذا مثال ما اشتمل جميعهما على جنس وانضم إليه في أحدهما غير ربوي .

قوله : (أو بمدين أو بدرهمين) هذا مثال ما اشتمل أحدهما على جنسين ربويين واشتمل الآخر على أحدهما فقط .

(١) حاشية الشيرازي (٤٤١/٣) .

(٢) في الأصل : (الآخر ، روية ولا) ، ولعل الصواب ما أثبت ، انظر « فتوحات الوهاب » (٦١/٣) .

لا بثوبين (وَكَدَرَاهِمَ جَيِّدَةً وَرَدِيَّةً بِجَيِّدَةٍ أَوْ رَدِيَّةٍ أَوْ بِهِمَا) وأختلفا قيمةً كما هو الغالب (وَكَفَضَّةٍ مَغْشُوشَةٍ بِفَضَّةٍ مَغْشُوشَةٍ أَوْ خَالِصَةٍ ، وَكَذَهَبٍ مَغْشُوشٍ بِذَهَبٍ مَغْشُوشٍ ، وَ) كذهب مغشوش (بِذَهَبٍ خَالِصٍ) أو بفضة ، أو بثوبٍ مُطَرَّزٍ بذهبٍ

قوله : (لا بثوبين) أي : فإنه يجوز ؛ لعدم الربوي في هذا الطرف .

قوله : (وكدراهم جيدة . . .) إلخ ، هذه أمثلة اختلاف الوصف من الجانبين جميعهما .

قوله : (بجيدة أو رديئة أو بهما) أي : بالجيدة والرديئة معاً ، ولا يتقيد هنا بكونهما متميزين ؛ لأن القاعدة جارية في النقد مع الاختلاط ، بخلافه في الحبوب كما سيأتي .

قوله : (واختلفا قيمة كما هو الغالب) كذا قيد بهذا هنا في « شرح المنهج »^(١) ، قال الشيخ عميرة : (لم أره للأصحاب إلا في مسألة الصحاح والمكسرة خاصة ؛ وكأن الشيخ ألحق هذا ؛ نظراً إلى أن الجودة والرداءة مجرد صفة) ، وتوقف ابن قاسم في هذا الإلحاق^(٢) ، وقال (ع ش) : (والمعتد : التسوية بين الجيد والرديء والصحيح والمكسر ؛ فحيث تساوى في القيمة . . . صح ، وإلا فلا) تدبر^(٣) .

قوله : (وكفضة مغشوشة) أي : سواء كان الغش ذهباً أم غيره أخذاً مما سيأتي عن « الإيعاب » .

قوله : (بفضة مغشوشة) كذلك .

قوله : (أو خالصة) أي : أو فضة خالصة عن الغش .

قوله : (وكذهب مغشوش) أي : بالفضة أو غيرها .

قوله : (بذهب خالص) أي : عن الغش .

قوله : (أو بفضة) أي : خالصة عن الغش وكان غش الذهب فضة ؛ ليدخل في القاعدة ، كذا أفادني بعض الفضلاء ، وانظر : هل ينافيه ما نقل عن « الإيعاب » مما نصه : (والذي يتجه من ذلك أنه لا يجوز بيع الدراهم المغشوشة بالدنانير المغشوشة إلا حيث لم يكن للغش [قيمة] ولم يؤثر في الوزن ، سواء كان الغش فضة أم نحاساً ، حصل منه بالتمييز شيء أم لا ، ولا مدخل للرواج في هذا الباب ، ثم رأيت الروياني صرح بما ذكرته حيث قال : الغش اليسير الذي لا يأخذ حظاً من الوزن لا يمنع من صحة البيع) انتهى ، فليتأمل .

قوله : (أو بثوبٍ مطرز بذهب) أي : سواء كان التطريز بالإبرة أم لا كما هو ظاهر .

(١) فتح الوهاب (١/١٦٣) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (٤/٢٨٨) .

(٣) حاشية الشيراملسي (٣/٤٤٢) .

أو فضة ، وكصاع تمر معقلي بمثله ، ومعهما أو مع أحدهما بزني ، وكدرهم صحيح بمثله ومعهما أو مع أحدهما مكسر أقل من قيمة الصحيح ، وكصاع بر جيد ، وردي متميزين بمثله ، أو بجيد أو ردي (. . لم يصح) أبيع في جميع هذه الصور ؛

قوله : (أو فضة) أي : أو ثوب مطرز بفضة خالصة عن الغش أو مغشوشة .

قوله : (وكصاع تمر معقلي . . .) إلخ ، هذه أمثلة اختلاف النوع الحقيقي من الجانبين جميعهما ، والتمر المعقلي : نوع من أنواع التمر ؛ نسبة إلى معقل بن يسار الصحابي رضي الله تعالى عنه لكونه غرسه .

قوله : (ومعهما أو مع أحدهما برني) بفتح الباء وسكون الراء ، قال في « القاموس » : (تمر معروف معرب ، أصله : برنيك ، أي : الحِمل الجيد)^(١) ، وقال الشيخ الشرقاوي وداود السالمي : (إنه نوع من العجوة ، وهو نسبة إلى رجل كان يتعاطاه يقال له : رأس البرنية)^(٢) .

قوله : (وكدرهم صحيح بمثله . . .) إلخ ، هذا من أمثلة اختلاف [الصفة] من الجانبين جميعهما .
قوله : (ومعهما أو مع أحدهما مكسر) المراد به (المكسر) كما قاله : جمع القراضه التي تقرض من الدنانير أو الدراهم للمعاملة في الحوائج اليسيرة ، قال الحفني : (وما عدا ذلك وإن كان نصف شريفي أو ربع ريال . . يقال له : صحيح) فافهم .

قوله : (أقل من قيمة الصحيح) أي : كما هو الغالب وعكسه ؛ وهو أن تكون قيمة الصحيح أقل من قيمة المكسرة ؛ وذلك لأن التوزيع إنما يتأتى حينئذ ، أفاده في « التحفة »^(٣) .

قوله : (وكصاع بر جيد وردي متميزين) أي : إذ لا يتأتى التوزيع إلا حينئذ ، بخلاف ما إذا لم يتميزا بشرط أن تقل حبات الآخر ؛ بحيث لو ميزت . . لم تظهر في الكيل ، هذا هو المعتمد ، وما قيل بالصحة في اختلاط أحد النوعين بالآخر وإن كثرت حباته ؛ لأنها إذا كثرت في الجنس لم تتحقق المماثلة بخلاف النوع . . ممنوع بأن اختلاف النوع في أحد الطرفين يوجب توزيع ما في الآخر وهو مانع من العلم بالمماثلة ، تدبر .

قوله : (لم يصح البيع) جواب (وإذا باع جنساً . .) إلخ .

قوله : (في جميع هذه الصور) أي : الثمانية إجمالاً والأربع^(٤) وعشرين تفصيلاً كما يعلم

(١) القاموس المحيط (٢١٦/٤) ، مادة : (برن) .

(٢) حاشية الشرقاوي (٣٥/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٨٨/٤) .

(٤) في الأصل : (وأربعاً) . ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

لنهيهِ صَلَّى اللهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ قِلَادَةٍ خُرْزٍ وَذَهَبٍ بِذَهَبٍ حَتَّى يُنْزَعَ الذَّهَبُ مِنْهَا ؛ وَلَعَدِمَ تَحَقُّقَ الْمُمَاثَلَةِ هُنَا . وَمِنْ ثَمَّ لَوْ جُعِلَ فِي بَيْعِ مُدٍّ وَدِرْهَمٍ بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ الْمُدُّ فِي مَقَابِلَةِ الْمُدِّ أَوْ الدَّرْهَمُ ،

بالتأمل ، ولا يتأتى هنا تفريق الصفقة ، والقائل بتفريقها غلطوه ؛ لأن شرط الصحة علم التساوي حال العقد فيما يستقر عليه وذلك مفقود هنا ، ولأن الفساد للهيئة الاجتماعية كالعقد على خمس نسوة ، تأمل .

قوله : (لنهيهِ صلى الله تعالى عليه وسلم ...) إلخ ، دليل للبطلان في ذلك من جهة النقل .

قوله : (عن بيع قلادة خرز وذهب) أي : قلادة فيها خرز وذهب .

قوله : (بذهب حتى ينزع الذهب منها) أي : من القلادة ، والحديث رواه مسلم عن فضالة بن عبيد رضي الله تعالى عنه قال : اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر ديناراً فيها ذهب وخرز ، ففصلتها منه فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله تعالى عليه وسلم فقال : « لا تباع حتى تفصل »^(١) ، وفي رواية لأبي داود « لا ، حتى تميز بينه وبينه » ، فقال : إنما أردت الحجارة ، فقال النبي صلى الله تعالى عليه وسلم : « لا ، حتى تميز بينهما » ، قال - أي : الراوي - : فرده ؛ أي : البيع حتى ميز بينهما^(٢) .

قوله : (ولعدم تحقق المماثلة هنا) عطف على (لنهيهِ ...) إلخ ، فهو دليل لذلك أيضاً عقلي ، وبيان هذا : أن قضية اشتغال أحد طرفي العقد على مالين مختلفين توزيع ما في الآخر عليهما اعتباراً بالقيمة ؛ كما في بيع شقص مشفوع وسيف بألف وقيمة الشقص مئة والسيف خمسون ؛ فإن الشفع يأخذ الشقص بثلاثي الثمن ، والتوزيع هنا - لكونه ناشئاً عن التقويم الذي هو تخمين قد يخطئ - يؤدي - وإن اتحدت شجرة المدين مثلاً وضرب الدرهمين - للمفاضلة أو عدم العلم بالمماثلة ، وقد أوضحت هذا في المثال الأول ، فليقس عليه بقية الأمثلة ؛ لأنه يكفي الفطن مثال واحد ما لا يكفي الغبي ألف شاهد .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل هذا التعليل .

قوله : (لو جعل في بيع مد ودرهم بمد ودرهم) أي : وهو المثال الأول كما مر .

قوله : (المد في مقابلة المد ...) إلخ ، نائب فاعل (جعل) .

قوله : (أو الدرهم) أي : أو جعل المد في مقابلة الدرهم .

(١) صحيح مسلم (٩٠ / ١٥٩١) .

(٢) سنن أبي داود (٣٣٥١) .

وَالدَّرْهَمُ فِي مَقَابِلَةِ الْمَدِّ أَوْ الدَّرْهَمِ . . . جاز ؛ إِذْ لَا تَوْزِيعَ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْجِنْسُ الْآخَرُ غَيْرَ مَقْصُودٍ كَبُرَّ بِشَعِيرٍ فِي أَحَدِهِمَا حَبَاتٌ قَلِيلَةٌ بِحَيْثُ لَا تُقْصَدُ وَإِنْ أَثَرَتْ فِي الْكِيلِ ، بخلافِ بُرٍّ بِبُرٍّ بِأَحَدِهِمَا حَبَاتٌ شَعِيرٌ يُؤَثِّرُ فِيهِ . . . فَإِنَّهُ يَضُرُّ ؛ لِاتِّحَادِ الْجِنْسِ ، وكدارِ بِهَا ماءً

قوله : (والدهرم في مقابلة المد أو الدرهم) أي : وجعل الدرهم في مقابلة . . . إلخ ، فهو عطف على (المد . . .) إلخ ، ولا بد من التصريح بذلك ، قال في « التحفة » : (كبعتك هذا بهذا ولهذا بهذا ، وبحث بعضهم : أن نية التفصيل كذكره ، وفيه نظر وإن أقره جمع ؛ لما مر : أنه لو كان نقدان مختلفان . . . لم تكف نيتهما أحدهما ، ولا يرد على ذلك صحة البيع بالكناية ؛ لأنه يغتفر في الصيغة ما لا يغتفر في المعقود عليه) انتهى ، ومثله في « النهاية »^(١) .

قوله : (جاز) أي : ولم يدخل في القاعدة السابقة .

قوله : (إذ لا توزيع) أي : بسبب اختلاف الصفقة ، بخلافه بتعدد البائع أو المشتري ؛ لوجود التخمين معه ، تدبر .

قوله : (كما لو كان الجنس الآخر غير مقصود) أي : فإنه جائز أيضاً .

قوله : (كبر بشعير في أحدهما حبات قليلة بحيث لا تقصد) أي : بحيث لا يقصد تمييزها ليستعمل وحدها ، وعبرة « الغرر » : (ولو باع حنطة بشعير وفيهما أو في أحدهما حبات [من الآخر] سيرة . . . صح ، وإن كثرت . . . لم يصح)^(٢) .

قوله : (وإن أثرت في الكيل) أي : فلا يضبط هنا بالتأثير في الكيل ، بل الضابط : أن يكون الشعير المخالط للبر قدرأ يقصد تمييزه ليستعمل شعيراً ، وكذا العكس كما تقرر ؛ لأن المماثلة غير مرعية عند اختلاف الجنس ، تأمل .

قوله : (بخلاف بر ببر بأحدهما حبات شعير يؤثر فيه) أي : في الكيل .

قوله : (فإنه يضر ؛ لاتحاد الجنس) أي : جنس العوضين ؛ فحيث أثر في الكيل . . . انتفت المماثلة المشترطة هنا ، وبهذا مع ما قبله وقوله السابق : (لا في الموزونين) يعلم الفرق بين الثلاثة ، وهو أنه يضر أدنى شيء في الموزونين ، وما أثر في المكيل عند اتحاد الجنس وما يقصد تمييزه عند اختلاف الجنس لا مجرد الظهور في الكيل ، تدبر .

قوله : (وكدار بها ماء) أي : عذب ؛ إذ لا كلام في الماء الملح هنا ، ولهذا عطف على

قوله : (كبر بشعير . . .) إلخ .

(١) تحفة المحتاج (٤/٢٨٦ ، نهاية المحتاج (٣/٤٣٩) .

(٢) الغرر البهية (٤/٤٩٤) .

بدار بها ماء ؛ إذ الماء بالنسبة لمقصود الدار غير مقصود معها وإن قصد في نفسه ، وكما لو استوت قيمة المكسر أو الرديء وقيمة الجيد والصحيح ، بخلاف النوع والجنس وإن لم تختلف القيمة فيهما ؛ لأنهما مظنة الاختلاف غالباً ، فالتوزيع موجود فيهما

قوله : (بدار بها ماء) أي : عذب فإنه جائز أيضاً .

قوله : (إذ الماء بالنسبة لمقصود الدار . . .) إلخ ، تعليل للجواز الذي تضمنه التشبيه المذكور كما قررته .

قوله : (غير مقصود معها) أي : الدار .

قوله : (وإن قصد في نفسه) أي : فالماء هنا تابع بالإضافة إلى مقصود الدار ؛ لعدم توجه القصد إليه غالباً ، بخلاف المعدن المعلوم ؛ لأنه مع العلم به مقصود بالمقابلة ، ولا ينافي كون الماء تابعاً بالإضافة كونه مقصوداً في نفسه حتى يشترط التعرض له في البيع ليدخل فيه ؛ فسيأتي : أنه لا يصح بيع دار فيها بئر ماء ما لم ينص على بيعه ؛ لاختلاط الماء الموجود للبائع بما يحدث للمشتري ، والحاصل : أنه من حيث إنه تابع بالإضافة . . اغتفر من جهة الربا ، ومن حيث إنه مقصود في نفسه . . اعتبر التعرض له في البيع ليدخل فيه ، وبهذا سقط ما قيل : إن التابع إذا صرح به . . يمنع صحة البيع كالحمل ، ولو سلم عدم سقوطه به . . فمنقوض ببيع الخاتم وفصه وبيع الدار ومرافقتها المتصلة بها من سلم ونحوه ، أفاده في « الأسنى »^(١) .

قوله : (وكما لو استوت قيمة المكسر . . .) إلخ ، هذا عطف على (كما لو كان الجنس الآخر غير مقصود) ، وإنما صح عند الاستواء في القيمة هنا ؛ لأن التقويم وإن كان تخميناً إلا أن الدراهم والدنانير قيم الأشياء فهي أضبط من غيرها ، أفاده ابن قاسم^(٢) .

قوله : (بخلاف النوع والجنس وإن لم تختلف القيمة فيهما) أي : فلم يشترط عند الاختلاف بالجنس والنوع تفاوت القيمة ، بل ضر مطلقاً .

قوله : (لأنهما) أي : النوع والجنس .

قوله : (مظنة الاختلاف غالباً) أي : فاكتمى بالمظنة وإن فرض التساوي ، ولا كذلك الصفة ، نقله (سم) عن الجوجري^(٣) .

قوله : (فالتوزيع موجود فيهما) أي : النوع والجنس .

(١) أسنى المطالب (٢٧/٢) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٨٩/٤) .

(٣) حاشية ابن قاسم على الغرر (٤٩٠/٤) .

كَذَلِكَ . (وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ اللَّحْمِ) وَالشَّحْمِ وَالْأَلْيَةِ وَالْكَرْشِ وَنَحْوَهَا كَجِلْدِ السَّمِيطِ (بِالْحَيَوَانِ مَأْكُولًا) ذَلِكَ الْحَيَوَانُ (أَوْ غَيْرُهُ) كَسَمَكٍ وَحِمَارٍ وَقِنٍّ ؛

قوله : (كذلك) يعني : مع عدم اختلاف القيمة ، قال في « التحفة » و « النهاية » : (ينبغي التفتن لدقيقة يغفل عنها ، وهي : أنه يبطل كما عرف مما تقرر بيع دينار مثلاً فيه ذهب وفضة بمثله أو بأحدهما ولو خالصاً وإن قلَّ الخليط ؛ لأنه يؤثر في الوزن مطلقاً ، فإن فرض عدم تأثيره فيه ولم يظهر به تفاوت في القيمة . . صح)^(١) ، زاد في « النهاية » : (ويؤخذ منه بالأولى : بطلان ما عمت به البلوى من دفع دينار مغربي مثلاً ، وعليه تمام ما يبلغ به ديناراً جديداً من فضة أو فلوس وأخذ دينار جديد بدله ؛ جرياً على القاعدة ، ولهذا : قال بعضهم : لو قال لصيرفي : اصرف لي بنصف هذا الدرهم فضة وبالنصف الآخر فلوساً . . جاز ؛ لأنه جعل نصفاً في مقابلة الفضة ونصفاً في مقابلة الفلوس ، بخلاف ما لو قال : اصرف لي بهذا الدرهم نصف فضة ونصف فلوس . . لا يجوز ؛ لأنه إذا قسط عليهما ذلك . . احتمل التفاضل ، وكان من صور مد عجوة) انتهى ، فليتأمل^(٢) .

قوله : (ولا يصح بيع اللحم) أي : يحرم ويبطل .

قوله : (والشحم والألية والكرش ، ونحوها) أي : من كلية وطحال وقلب .

قوله : (كجلد السميطة) هو الذي نتف شعره بالماء الحار .

قوله : (بالحيوان) أي : الحي ، قال في « حاشية الفتح » : (الظاهر : أنه تعبدى كالربا السابق)^(٣) .

قوله : (مأكولاً ذلك الحيوان أو غيره) هذا هو الأظهر ، قال في « المغني » : (ومقابله : الجواز ، أما في المأكول وهو مبني على أن اللحوم أجناس . . فبالقياس على بيع اللحم باللحم ، وأما في غيره . . فوجه بأن سبب المنع بيع مال الربا بأصله المشتمل عليه ولم يوجد ذلك هنا)^(٤) .

قوله : (كسمك . . .) إلخ ؛ أي : وجراد حي ؛ لأنه لا يعد لحماً ، ومن ثم جاز بيع بعضه ببعض حياً على المعتمد ، كذا في « ع ش »^(٥) ، قال في « التحفة » : (بحث جمع حل بيع الحيوان بالسمك الميت ، وفيه نظر)^(٦) ، قال ابن قاسم : (قوة الكلام تفهم : أن مدرك البحث عدُّ السمك

(١) تحفة المحتاج (٢٨٩/٤ - ٢٩٠) ، نهاية المحتاج (٤٤٣/٣) .

(٢) نهاية المحتاج (٤٤٤ - ٤٤٣/٣) .

(٣) حاشية فتح الجواد (٣٩٠/١) .

(٤) مغني المحتاج (٤٠/٢) .

(٥) حاشية الشيرازي (٤٤٤/٣) .

(٦) تحفة المحتاج (٢٩٠/٤) .

لنهيهِ صَلَّى اللهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ ، أَمَّا نَحْوُ بَيْضٍ وَعَظْمٍ . . فيجوزُ بَحْيَوانٍ . نَعَمْ ؛ يَمْتَنَعُ بَيْعُ
لَبَنِ شاةٍ بِشاةٍ فِيهَا لَبَنٌ

الميت من قبيل الحيوان ، فعليه : يمتنع بيع السمك الميت بلحم غيره مثلاً ، وأن مدرك النظر عده
من قبيل اللحم ، فعليه : لا يمتنع ما ذكر ، فليراجع ، وانظر : هل يجري هذا الاختلاف في بيع
حيوان حي بحيوان مذبوح ؟ (فليراجع ^(١)) .

قوله : (لنهيهِ صلى الله تعالى عليه وسلم عن ذلك) أي : عن بيع اللحم بالحيوان ، رواه
أبو داود مرسلًا ^(٢) ، قال في « التحفة » : (وإرساله مجبور بإسناد الترمذي له - أي : عن زيد بن
سلمة الساعدي - ومعتضد بالنهي الصحيح عن بيع الشاة باللحم ^(٣)) ، وبأن أكثر أهل العلم عليه ،
على أنه مرسل ابن المسيب ، وهو بمنزلة المسند على نزاع فيه ، لكن صحح في « المجموع » : أنه
لا فرق حتى عند الشافعي رضي الله تعالى عنه ، وما اشتهر عنه من الفرق لم يصح ، وبأن أبا بكر
رضي الله تعالى عنه قال - وقد نحررت جزور في عهده ، فجاء رجل بعناق يطلب بها لحماً - : « لا
يصلح هذا » ولم يخالفه أحد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ^(٤) .

قوله : (أما نحو بيض وعظم) أي : كلبن ، وهذا مقابل قول المتن : (اللحم) .
قوله : (فيجوز بَحْيَوان) أي : بيعه بحيوان ؛ بأن باع بيضاً بدجاجة ليس فيها بيض ، بخلاف
ما إذا كان فيها بيض . . لا يصح إذا كان البيض المبيع بيض دجاجة كما في « الأسنى » وغيره ^(٥) ؛
ويدل له : الاستدراك الآتي .

قوله : (نعم ؛ يمتنع بيع لبن شاة بشاة فيها لبن) أي : لأن اللبن في الضرع يأخذ قسطاً من
الثمن ؛ بدليل : أنه يجب الثمن في مقابلته في المصرة ، ومثل الشاة سائر الحيوانات المأكولة ،
قال في « الأسنى » : (أما الآدميات ذوات اللبن . . فقد نقل في « البيان » عن الشاشي الجواز فيها ،
وفرق بأن لبن الشاة في الضرع له حكم العين ، ولهذا : لا يجوز عقد الإجارة عليه ، بخلاف لبن
الآدمية فإن له حكم المنفعة ، ولهذا : يجوز عقد الإجارة عليه) ^(٦) ، قال الشهاب في

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٩٠ / ٤) .

(٢) المراسيل (١٦٦) عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى .

(٣) أخرجه الحاكم (٣٥ / ٢) ، والبيهقي (٢٩٦ / ٥) عن سيدنا سمرة بن جندب رضي الله عنه .

(٤) تحفة المحتاج (٢٩٠ / ٤) .

(٥) أسنى المطالب (٢٩ / ٢) .

(٦) أسنى المطالب (٢٩ / ٢) .

(فَصْلٌ)

(وَيَبْتَطُلُ الْبَيْعُ إِذَا شُرِطَ فِيهِ شَرْطٌ) كَبَعْتُكَ بِشَرْطٍ أَنْ تُقْرَضَنِي أَلْفًا ، أَوْ تَخِيَطَ

« حواشيه » : (وعلى هذا : لو باع لبن آدمية بلبن آدمية منفصل . . لم يصح ؛ لأنهما صارا عينين) انتهى^(١) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل) أي : في بيان بيع وشرط ، وللشرط في العقد خمسة أحوال ؛ لأنه إما لصحته ؛ كشرط قطع الثمرة ، أو من مقتضياته ، كالقبض والرد بالعيب ، أو من مصالحه ؛ كالكتابة والخياطة ، أو مما لا غرض فيه ؛ كأكل الهريسة ، أو مخالف لمقتضاه ؛ كعدم القبض ، فهذا الأخير مفسد للعقد دون م قبله ، وهو معمول به في الأول ، وتأكيده في الثاني ، ومثبت للخيار في الثالث ، ولاغ في الرابع ، أفاده بعض المحققين^(٢) .

قوله : (ويبطل البيع إذا شرط فيه شرط) أي : وإن أزيل الشرط في المجلس أو بعده ؛ لأن العقد الفاسد لا عبرة به ، فلا ينقلب صحيحاً بقولهما : أزلنا الشرط ، وسبب البطلان في ذلك : أن انضمام الشرط إلى البيع يقي علقه بعد البيع يثور بسببها بينهما منازعة فبطل الشرط إلا ما يستثنى لمعنى ، وإذا بطل . . بطل البيع .

قوله : (كبعتك) أي : داراً مثلاً بألفين .

قوله : (بشرط أن تقرضني ألفاً) أي : مثلاً ، وجه بطلانه : أنه جعل الألف ورفق العقد الثاني ثمناً ، واشترط العقد الثاني فاسد ، فبطل بعض الثمن ، وليس له قيمة معلومة حتى يفرض التوزيع عليه وعلى الباقي فبطل العقد ، ثم إذا عقدا الثاني مع علمهما بفساد الأول . . صح ، وإلا . . فلا ؛ لأنهما أتيا به على حكم الشرط الفاسد ؛ فقد أتى بالعقد الثاني على ظن وجوبه عليه ، وأنه مكره عليه شرعاً ؛ فأشبه ما إذا أنفقت المرأة على ولدها المنفي باللعان ثم استلحقه الزوج . . فإنها ترجع عليه بما أنفقت ؛ لأنها إنما أنفقت على ظن وجوبها عليها ، تأمل .

قوله : (أو تخيط) أي : أو بعثك ثوباً بشرط أن يخيطه البائع أو ويخيطه ؛ ففي « التحفة » : (لا فرق بين التصريح بالشرط والإتيان به على صورة الإخبار ، وبه صرح في « مجموعه » ، وفي كلام غيره ما يقتضي أن خطه بالأمر لا يكون شرطاً ، وينبغي حمله على ما إذا أراد به مجرد الأمر لا الشرط ، ويفرق بين خطه وتخيطه بأن الأمر شيء مبتدأ غير مقيد لما قبله ، بخلاف الثاني فإنه إما

(١) حواشي الرملي على شرح انزوص (٢٩/٢) .

(٢) انظر « حاشية قليوبي » (١٨٠/٢) .

أَوْ نَحْصِدُ الْمُبِيعَ أَوْ غَيْرَهُ ؛ لِلنَّهْيِ عَنْ بَيْعٍ فِيهِ شَرْطٌ (إِلَّا فِي صُورٍ مِنْهَا : الْبَيْعُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ثَلَاثًا أَوْ أَقَلَّ) لِلْإِجْمَاعِ عَلَى صَحَّتِهِ

صفة أو ما في معناها ، وهي مقيدة لما قبلها فكانت في معنى الشرط (انتهى بنقص^(١) .

قوله : (أو نحصد المبيع) ينبغي هنا كما في « الإيعاب » قراءته بالنون ؛ ليصح المعنى ، لا بالتاء ؛ لأن الحصد لازم للمشتري ، فإذا قال له البائع : بعتك على أن تحصده بالتاء .. لم يكن شرطاً فاسداً ، بخلاف ما لو قال : على أن أحصده أنا ، أو نحصده نحن .. فإنه فاسد ؛ لمخالفته مقتضى العقد فأبطله ، تدبر .

قوله : (للنهي عن بيع فيه شرط) رواه عبد الحق في « أحكامه » عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، وروى أبو داود بهذا السند : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرط وبيع »^(٢) ، وظاهرهما : امتناع كل شرط ، لكن فهم منهما : أن المعنى في ذلك : تأديته إلى بقاء علقه بعد العقد قد يثور بسببها نزاع بين العاقلين وقد يفضي إلى فوات مقصود العقد ؛ فحيث انتهى هذا المعنى .. صح الشرط ، وقد ورد في [بعض] الشروط نصوص بصحتها ، وستأتي . انتهى « شرح البهجة »^(٣) .

قوله : (إلا في صور) أي : فلا يبطل فيها وهذا استثناء من بطلان البيع والشرط ، وهذه الصور هنا كالرخص في المعاملات يتبع فيها توقيف الشارع ، ولا يتعدى لكل ما فيه مصلحة ، أفاده الشيخ عميرة^(٤) .

قوله : (منها : البيع بشرط الخيار ...) إلخ ، أشار به (من) إلى عدم انحصار الصور فيما ذكره ؛ فقد ذكر بعضهم أكثر مما هنا : شرط الرهن ، والكفيل ، والإشهاد ، والخيار ، والأجل المعين ، والعقود للمبيع ، والبراءة من العيوب ، والنقل من مكان البائع ، وقطع الثمار أو تنقيتها ، وكون المبيع فيه وصف مقصود ، وعدم تسليمه حتى يستوفي الثمن ، والرد بالعيب ، وخيار الرؤية .

قوله : (ثلاثاً أو أقل) أي : بشرط أن يعين ذلك الأقل لا أكثر من الثلاث كما سيأتي .

قوله : (للإجماع على صحته) أي : البيع .

(١) تحفة المحتاج (٤/٢٩٥-٢٩٦) .

(٢) سنن أبي داود (٣٥٠٤) .

(٣) الغرر البهية (٤/٥٠٣) .

(٤) حاشية عميرة (٢/١٧٨) .

حينئذٍ (أَوْ بِشَرَطِ الْبَرَاءَةِ) للبايع (مِنَ الْعَيْبِ) بسائر أنواعه ، وألاً يردُّ المُشتري المبيعَ بعيبٍ مِنْهَا ؛ لأنَّه شرطٌ يؤكِّدُ العقدَ ، ويوافقُ ظاهرَ السَّلامةِ مِنَ الْعَيْبِ . (أَوْ) بشرطِ (قَطْعِ الثَّمَرِ) إِذَا بَاعَهُ قَبْلَ بُدْوِ صِلَاحِهِ ؛ لتوقُّفِ صحةِ البيعِ على هذا الشرطِ ،

قوله : (حينئذٍ) أي : حين إذ شرط فيه الخيار ثلاثاً أو أقل ، وفي الخبر المتفق عليه : ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال له : « من بايعت . . فقل له : لا خلافة »^(١) ، زاد البيهقي : « ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال »^(٢) ، وفي رواية : (فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدة ثلاثة أيام)^(٣) ، والخلافة بكسر الخاء : الغبن والخديعة ، واشتهر في الشرع أن معنى (لا خلافة) : اشتراط الخيار ثلاثة أيام .

قوله : (أَوْ بشرط البراءة للبايع) أي : العاقد ولو المتصرف عن غيره على ما سيأتي قوله : (من العيب بسائر أنواعه) أي : من العيوب الظاهرة والباطنة في المبيع الحيوان وغيره ، ومثله شرط البراءة من العيب في الثمن .

قوله : (وألاً يرد المشتري المبيع بعيب منها) أي : من العيوب التي بالمبيع ، ولعل الواو هنا بمعنى : أو ؛ كما يدل عليه كلامه في غير هذا الكتاب^(٤) .

قوله : (لأنه شرط يؤكد العقد) تعليل لصحة العقد مع الشرط المذكور .

قوله : (ويوافق ظاهر السلامة من العيب) أي : فإن الظاهر : السلامة منه ، قال (سم) : (يتأمل هذا مع التصوير)^(٥) أي : لأنه يرد في غير العيب الباطن ، فلا معنى لحصول التأكيد فيه ، وأجيب بأنه يؤكد بحسب الظاهر ، أو في بعض صوره ؛ وهو العيب الباطن ، ومراده بـ (التصوير) : قولهم : (الحيوان وغيره) .

قوله : (أَوْ بشرط قطع الثمر) أي : أو الزرع الأخضر .

قوله : (إِذَا بَاعَهُ قَبْلَ بُدْوِ صِلَاحِهِ) أي : أو بعده ، ولعل تقييده بهذا ؛ لأجل التعليل الذي ذكره .

قوله : (لتوقف صحة البيع على هذا الشرط) أي : شرط القطع فإنه لا يجوز ولا يصح إلا بشرط القطع في الحال .

(١) صحيح البخاري (٢١١٧) ، صحيح مسلم (١٥٣٣) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٢) السنن الكبرى (٢٧٣/٥) .

(٣) السنن الكبرى (٢٧٤/٥) .

(٤) انظر « تحفة المحتاج » (٣٦١/٤) .

(٥) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣٦١/٣) .

كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . (أَوْ) بِشَرَطِ (الْأَجَلِ) لِلْحَاجَةِ ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ (فِيمَا)
 أَي : فِي الثَّمَنِ أَوْ الْمُثْمَنِ الَّذِي (فِي الذِّمَّةِ) دُونَ الْمَعِينِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا شُرِعَ لِتَحْصِيلِ الْحَقِّ ، وَالْمَعِينُ
 حَاصِلٌ

قوله : (كما نص عليه صلى الله تعالى عليه وسلم) فيه : أن الوارد في الأخبار : (أنه صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها)^(١) ، وليس فيها نص على جوازه بشرط القطع ، بل ظاهرها : عدم الجواز مطلقاً .

نعم ؛ نقلوا الإجماع على الجواز وجعلوه مخصصاً لها ؛ ففي « شرح مسلم » : (وإنما صححناه بشرط القطع ؛ للإجماع ، فخصصنا الأحاديث به فيما إذا شرط القطع)^(٢) ، وفي « التحفة » : (أن الخبر يدل بمنطوقه على المنع مطلقاً ، خرج : البيع المشروط فيه القطع بالإجماع ...) إلخ^(٣) ، فلو قال هنا : (كما أجمعوا عليه) .. لكان أظهر ، تدبر .

قوله : (أو بشرط الأجل) أي : في عقد لا يشترط فيه الحلول والتقابض ؛ كالربويات .
 « مغني »^(٤) .

قوله : (للحاجة) أي : في معاملة من لا يرضى إلا به ، وقال تعالى : ﴿ إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَكًّى ﴾ أي : معين .. ﴿ فَاصْتَبُوهُ ﴾ .

قوله : (وإنما يجوز) أي : البيع بشرط الأجل .

قوله : (فيما ؛ أي : في الثمن أو المثل الذي في الذمة) أي : فـ (ما) في المتن موصولية واقعة على المعقود عليه ، فمن اقتصر على ذكر الثمن .. فإنما أراد به مجرد التمثيل ، أو نظر إلى الغالب على أنه قد يطلق على ما يشمل المثل ، تدبر .

قوله : (دون المعين) أي : كما لو قال : بعثك بهذه الدراهم على أن تسلمها لي وقت كذا .. فإن العقد بهذا الشرط باطل .

قوله : (لأنه) أي : الأجل ؛ تعليل لعدم صحة شرطه في المعين .

قوله : (إنما شرع لتحصيل الحق) أي : الذي في الذمة .

قوله : (والمعين حاصل) أي : فشرط الأجل معه واقع في غير ما شرع له .

(١) أخرجه البخاري (٢١٩٥) ، ومسلم (١٥٣٤) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٢) شرح صحيح مسلم (١٨١/١٠) .

(٣) تحفة المحتاج (٤٦١/٤) .

(٤) مغني المحتاج (٤٣/٢) .

(وَكَانَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا) وَإِنْ طَالَ مَا لَمْ يَبْعَدْ بِقَاوُهُ وَبِقَاءُ وَارِثِهِ إِلَيْهِ كَأَلْفِ سَنَةٍ ، فَإِنْ جَهِلَهُ أَوْ اسْتَحَالَ عَادَةً بِقَاوُهُ وَبِقَاءُ وَارِثِهِ إِلَيْهِ . . أَبْطَلَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ يَقَابِلُهُ قِسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ ،

قوله : (وكان الأجل معلوماً) أي : فشرط صحة العقد مع شرط الأجل أن يحدد بمعلوم ؛ كإلى العيد ، أو شهر كذا ، لا فيه ، ولا إلى نحو الحصاد كما يأتي في السلم بتفصيله المطرد هنا كما هو ظاهر .

قوله : (وإن طال) أي : الأجل المشروط .

قوله : (ما لم يبعد بقاؤه) أي : البائع مثلاً .

قوله : (وبقاء وارثه إليه) أي : إلى انتهاء ذلك الأجل .

قوله : (كألف سنة) تمثيل لما يبعد بقاؤهما إليه ، قال في « التحفة » و« النهاية » : (وإذا صح ؛ كأن أجله بما لا يبعد بقاء الدنيا إليه وإن بعد بقاء العاقلين إليه ؛ كمئتي سنة . . انتقل بموت البائع لوارثه وحلّ بموت المشتري ، ولا يضر السقوط بموته ؛ لأنه أمر غير متيقن عند العقد فلم ينظر إليه ، وإلا . . لم يصح البيع بأجل طويل لمن يعلم عادة أنه لا يعيش بقية يومه ، وقد صرحوا بخلافه)^(١) أي : وهو الصحة ، ولا يقال : إذا كان التأجيل بمئتي سنة مثلاً [في تيقن العاقلين] عند العقد . . السقوط إذا كان كل قد بلغ مئة سنة ؛ لتيقنهما أنهما لا يعيشان المئتين ؛ لأن ظن عدم الحياة هنا ناشئ من العادة وهي غير قطعية ، بخلاف عدم بقاء الدنيا ؛ فإنه مأخوذ من الأدلة فالظن فيها أقوى فنزل منزلة اليقين ، فليتأمل

قوله : (فإن جهله) أي : جهل كل منهما أو أحدهما الأجل ، ومفهوم إطلاقه : أنه لا يكفي علم عدلين غيرهما ، لكن قياس ما في السلم : أنه يكفي هنا أيضاً ، بل أولى ؛ لأن السلم أضيق مما هنا .

قوله : (أو استحال عادة بقاؤه وبقاء وارثه إليه) أي : إلى انتهاء ذلك الأجل ؛ كألف سنة .

قوله : (أبطل العقد) أي : عقد البيع لا الشرط فقط .

قوله : (لأنه يقابله قسط من الثمن) تعليل للإبطال ، وعبارة « التحفة » : (للعلم حال العقد بسقوط بعضه ، وهو يؤدي إلى الجهل به المستلزم للجهل بالثمن ؛ لأن الأجل يقابله قسط منه)^(٢) .

(١) تحفة المحتاج (٢٩٧/٤) ، نهاية المحتاج (٤٥٢/٣-٤٥٣) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٩٧/٤) .

فَسَقُوطُهُ يُؤَدِّي إِلَى جِهَالَةِ الثَّمَنِ . (وَكَذَا بِشَرْطِ الرِّهْنِ الْمُعَيَّنِ) بِالْمَشَاهِدَةِ (أَوْ الْمَوْصُوفِ)
بِصِفَاتِ السَّلَمِ ، وَكَانَ غَيْرَ الْمَبِيعِ (بِعَوَضٍ) أَي : عَلَى عَوَضٍ ثَمَنِ أَوْ مُثْمَنِ (فِي الذِّمَّةِ ، وَبِشَرْطِ
الْكَفِيلِ) الْمَعْلُومِ بِالْمَشَاهِدَةِ ،

قوله : (فسقوطه يؤدي إلى جهالة الثمن) من تنمة التعليل كما تقرر . وما قيل من جواز إيجار
الأرض ألف سنة . شاذ لا يعول عليه ، ولو أسقط شرط الأجل بعد العقد . لم يسقط ؛ لأنه صفة تابعة ،
وهي لا تفرد بالإسقاط ؛ كإسقاط الصحة للدنانير والجودة للبر مثلاً فإنهما لا يسقطان بالإسقاط ؛
بخلاف شرط الرهن والكفيل الآتي ؛ لأن كلا منهما مستقل فيفوت شرطه بالإسقاط ، تدبر .

قوله : (وكذا بشرط الرهن ...) إلخ ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ ، واعترض
الاستدلال بالآية بأنه لا دلالة فيها إلا مجرد جواز الرهن والإقباض ، لا على جواز شرطه في العقد ،
ولا يلزم من الأول الثاني ، وأجيب بأنها دلت على جواز الرهن ، وهو أعم من المشروط ، فيدل
على جواز الشرط ، تأمل .

قوله : (المعين بالمشاهدة) أي : للمرهون .

قوله : (أو الموصوف بصفات السلم) أي : فيكفي وصفه بها ، والكلام هنا في وصف لم يرد
على عين معينة ، فهو مساو لما مر من أن الوصف لا يجزئ عن الرؤية ؛ لأنه في معين لا موصوف
في الذمة .

نعم ؛ سيأتي في (السلم) : أنه لا بد في ذلك من معرفة العاقلين وعالين بالوصف ، فلا يبعد
أن يقال مثله هنا إلا أن يفرق بأن المسلم فيه معقود عليه فضويق فيه ما لم يضابق في الرهن ، وبأنه لو
لم يتيسر إثبات الصفات عند النزاع هنا . لم يفت إلا التوثيق^(١) فقط مع بقاء الحق .

قوله : (وكان غير المبيع) أي : فيشترط كون المرهون غير المبيع .

قوله : (بعوض ؛ أي : على عوض ...) إلخ ، أشار به إلى أن الباء في المتن بمعنى : على .

قوله : (وبشرط الكفيل) أي : كأن يقول : بعثك بشرط أن تكفل لي فلاناً ، وكذا بشرط أن
يتكفل لي فلان ، وقيل : إن هذا لا يصح ؛ لأنه لم يشترط إلا على الأجنبي دون المشتري .

قوله : (المعلوم بالمشاهدة) أي : للكفيل لأدائها غالباً لمعرفة حال الشخص صعوبة وسهولة ،
قال في « التحفة » : (ولا نظر إلى أنها لا تعلم بحاله ؛ لأن ترك البحث معها تقصير)^(٢) ، زاد في

(١) في الأصل : (التوقف) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) تحفة المحتاج (٢٩٨ / ٤) .

إذا ذُكِرَ اسْمُهُ ونُسبُهُ بَدَيْنِ ثَمَنِ أَوْ مُثْمَنِ (.. كَذَلِكَ) لَأَنْهُمَا مِنْ مَصَالِحِ الْعَقْدِ . أَمَّا شَرْطُ مَجْهُولِهِمَا ، وَشَرْطُ رَهْنِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ ،

« النهاية » : (ولأن الظاهر عنوان الباطن)^(١) أي : غالباً

قوله : (إذا ذكر اسمه ونسبه) الذي في غيره : أو يذكر اسمه ونسبه ، والمراد : أنهما يعرفان ذلك المسمى المنسوب . ولا يكفي هنا الوصف بموسر ثقة ؛ لأن الأحرار لا يمكن التزامهم في الذمة ، لانتفاء القدرة عليهم ، بخلاف المرهون فإنه يثبت في الذمة ، وهذا جري على الغالب ؛ وإلا . . فقد يكون الضامن رقيقاً مع صحة التزامه في الذمة وصحة ضمانه بإذن سيده ، وأيضاً : فكم من موسر يكون ممطلاً فالتاس مختلفون في الإيفاء وإن اتفقوا يساراً وعدالة ، فاندفع ما بحث من أن الوصف بهذين أولي من مشاهدة من لا يعرف حاله ، تأمل .

قوله : (بدین ثمن أو مثن) متعلق بـ (الكفيل) ، فيصح شرطه الكفيل بالثمن على المشتري أو العهدة على البائع . « أسنى »^(٢) .

قوله : (كذلك) أي : في الذمة ، قيل : لا يستقيم هنا اعتبار كون الثمن في الذمة ؛ لأن الأصح : صحة ضمان العين المبيعة فكذا الثمن المعين ، وأجيب بأن ذاك مشروط بالقبض ، وإذا قبض ما ذكر ثم خرج مستحقاً . فإنه يضمن بدله سواء كان المستحق الثمن أو المبيع فهو في الحقيقة ضمان دين ، فليتأمل .

قوله : (لأنهما) أي : الرهن والكفيل ، فهو تعليل للمسألتين .

قوله : (من مصالح العقد) أي : من حيث إنهما محتاجان إليهما ؛ ولا سيما في معاملة من لا يعرف حاله .

قوله : (أما شرط مجهولهما) أي : الرهن والكفيل ، هذا مقابل قوله : (المعين في الأول ، والمعلوم في الثاني) .

قوله : (وشرط رهن المبيع) هذا مقابل قوله : (وكان غير المبيع) ، وإنما أبطل هذا الشرط ؛ لأنه مشتمل على شرط ما لم يملكه بعد ، ولأن مقتضى العقد تمكن المشتري من التصرف وهو مناف له . قوله : (قبل القبض أو بعده) أي : فلا فرق بين أن يرهنه إياه بعد قبضه أم قبله ، وظاهر إطلاقه وإن كان الثمن حالاً ، وهو كذلك ؛ لأن قضية الرهن : أنه أمانة ، وقضية البيع : أنه مضمون ، فتتناقض الأحكام .

(١) نهاية المحتاج (٤٥٣/٣) .

(٢) أسنى المطالب (٣٣/٢) .

وشرط أحدهما بدين آخر ، أو على معيّن . . فمبطل كبيع عين لاثنتين على أن يضمن كل الآخر .

نعم ؛ إن رهنه بعد قبضه بلا شرط . . صح كما يعلم مما سيأتي .

قوله : (وشرط أحدهما بدين آخر) هذا مقابل قوله : (بضمن أو مضمن) ، وعبرة « الأسنى » : (بخلاف غيرهما ؛ كأن شرط ضمناً أو رهنًا بدين آخر . . فلا يصح ؛ لأنه شرط مقصود لا يوجب العقد وليس من مصلحته)^(١) .

قوله : (أو على معين) أي : أو شرط أحدهما ؛ أي : الرهن والكفيل على معين ، هذا مقابل قوله : (في الذمة) ، وإنما أبطل هذا ؛ لما مر : أنه رفق شرعاً لتحصيل الحق والمعين حاصل فشرط ذلك معه واقع في غير ما شرع له .

قوله : (فمبطل) أي : للبيع ، وهذا جواب (أما شرط . . .) إلخ ، وقد علمت مما قررته وجهه .

قوله : (كبيع عين لاثنتين على أن يضمن كل الآخر)^(٢) أي : فإنه مبطل أيضاً للعقد ؛ لما فيه من اشتراط ضمان المشتري غيره ، وهو باطل ؛ لأنه خارج عن مصلحة عقده ، قالوا في « الأسنى » و« المغني » : (بخلاف عكسه)^(٣) ، قيل : صورته : أن يبيع اثنان واحداً شيئاً [بضمن] في ذمته ثم يشرط كل من البائعين على صاحبه أن يضمن له المشتري - بكسر الراء - ونظر فيه ؛ بأن هذا التصوير وإن كان صحيحاً في نفسه غير أنه ليس بين البائع والمشتري ، بل بين البائعين ، وهما بالنظر للضمان أجنيبان عن العقد ، فلا يصلح حمل العكس على ذلك لكونه ليس بين العائدين ، وأجيب بأنه اكتفي بذلك وإن لم يكن بين العائدين ؛ لكونه صحيحاً في نفسه مع قطع النظر عن كونه بينهما ، فيحمل العكس على مجرد التخالف فقط .

قالوا في « التحفة » و« النهاية » : (ولو قال : اشتريته بألف على أن يضمنه زيد إلى شهر . . صح ، وإذا ضمنه زيد مؤجلاً . . تأجل في حقه ، وكذا في حق المشتري على أحد وجهين ، ومقتضى قاعدة الشافعي رضي الله تعالى عنه : أن القيد وهو هنا إلى شهر يرجع لجميع ما قبله ؛ وهو بألف ، ويضمن ترجيحه)^(٤) ، وقال في « الإيعاب » : (الذي يتجه : أنه لا يتأجل ؛ لأنه

(١) أسنى المطالب (٣٣/٢) .

(٢) في الأصل : (للآخر) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) أسنى المطالب (٣٣/٢) ، مغني المحتاج (٤٤/٢) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٩٩/٤) ، نهاية المحتاج (٤٥٤/٣) .

(وَكَذَا يَصِحُّ الْبَيْعُ بِشَرْطِ الْإِشْهَادِ) على بائع أو مشترٍ ؛ للأمر به في الآية ، ولا يجب تعيين الشهود ؛ لأن الحق يثبت بأي عدول كانوا . (فَإِنْ لَمْ يَزَهَنْ)

لا ملازمة بين الأصيل والضامن في الحلول والتأجيل ، فلا يلزم من اشتراط الأجل في حق الضامن اشتراطه في حق الأصيل ، وصورة المسألة : أن زيدا أنشأ بعد البيع ضماناً مستقلاً إلى شهر (انتهى . قوله : (وكذا يصح البيع بشرط الإشهاد) أي : على الثمن أو المضمن سواء المعين وما في الذمة . « مغني »^(١) .

قوله : (على بائع أو مشتر) من المعلوم : أن المراد : الشرط في صلب العقد ، فحيث : إذا كان الشرط من البائع على المشتري . . يكون إشهاد المشتري على إقرارهما بالعقد بأن يأتي بعد العقد بالشهود ليقر هو والبائع لهم بأنهما تبايعا كذا بكذا فيشهدون على إقرارهما ، هذا غاية ما يمكن ، وأما الإشهاد على أصل صدور العقد وحضوره . . فلا يتصور في هذه الصورة ؛ أي : فيما إذا شرط في صلب العقد . جمل ، وفي « القليوبي » ما يشير إليه^(٢) .

قوله : (للأمر به في الآية) أي : قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ ، وصرفه عن الوجوب الإجماع ، وهو أمر إرشاد لا ثواب فيه إلا لمن قصد به الامتثال على كلام فيه ، واعترض الاستدلال بهذه الآية بأنه كما قاله ابن عباس نزلت في السلم ، وأجيب بأنه لا يمنع الاستدلال بها في غيره ؛ لأن العبرة بعدم اللفظ لا بخصوص السبب ، لا يقال : أي عموم هنا ؛ لأننا نقول : الفعل كالنكرة ، وهي في حيز الشرط للعموم فكذا الفعل ، أو لأن الضمير في ﴿ وَأَشْهَدُوا ﴾ راجع للأشخاص ، والعموم فيه مستلزم للعموم في الأحوال ، تأمل .

قوله : (ولا يجب تعيين الشهود) أي : ولا كون العوض في الذمة كما يفيدته ترك التقييد به هنا .

قوله : (لأن الحق يثبت بأي عدول كانوا) أي : والغرض ثبوت الحق ، ومن ثم : لو امتنع الشهود المعينون عن التحمل . . لم يتعينوا ؛ فيجوز إبدالهم بمثلهم أو فوقهم في الصفات ، ولو امتنعوا . . لم يتخير ، ولا نظر لتفاوت الأغراض بتفاوتهم وجاهة ونحوها ؛ كالاشتهار بالصلاح ؛ لأنه لا يغلب قصده ، ولا نختلف به المالية اختلافاً ظاهراً ، بخلاف ما مر في الرهن والكفيل . قوله : (فإن لم يرهن . . .) إلخ ، مفرع على المسائل الثلاث .

(١) مغني المحتاج (٢/٤٤)

(٢) فتوحات الوهاب (٣/٧٨) ، حاشية قليوبي (٢/١٧٨) .

مَنْ شَرَطَ عَلَيْهِ الرَّهْنُ لَهُ كَمَا شَرَطَ (أَوْ لَمْ يَكْفَلِ) الْكَفِيلُ الْمَعِينُ (لَهُ) أَي : لِلشَّارِطِ (أَوْ لَمْ يَشْهَدْ . . . فَلِلْبَائِعِ) الْأَوَّلَى : فَلِلشَّارِطِ ؛ لِيَشْمَلَ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ هُوَ الشَّارِطَ (الْخِيَارُ) فِي فسخِ الْبَيْعِ عَلَى الْفَوْرِ ؛ لِأَنَّهُ خِيَارٌ نَقْصٍ

قوله : (من شرط عليه الرهن) أي : كالمشتري .

قوله : (له) أي : للشارط .

قوله : (كما شرط) أي : كأن جاء برهن غير المعين ولو أعلى قيمة منه كما شمله إطلاقهم ؛ لأن الأعيان لا تقبل الإبدال ؛ لتفاوت الأغراض بذواتها أو تلف الرهن أو اعتقه المالك أو دبره .

قوله : (أو لم يكفل الكفيل المعين) أي : بأن امتنع أو مات قبله وإن أقام ضامناً آخر ثقة .

قوله : (له ؛ أي : للشارط) أي : سواء البائع أو المشتري .

قوله : (أو لم يشهد) أي : من شرط عليه الإشهاد ؛ كأن مات قبله ، كذا في «النهاية» وغيرها^(١) ، وظاهره : أنه لا يقوم وارثه مقامه ، وفيه نظر ؛ لأن المقصود من الشهود ثبوت الحق وإقرار الوارث بشراء مورثه ، وإشهاده عليه كإشهاد المورث في إثبات الحق ، فالقياس : الصحة . (ع ش)^(٢) .

قوله : (فللبائع . . .) إلخ : جواب (فإن لم يرهن . . .) إلخ .

قوله : (الأولى : فللشارط) أي : أن يعبر به بدل (فللبائع) .

قوله : (ليشمل المشتري إذا كان هو الشارط) أي : فإن له إذا فات المشروط من جهة البائع الخيار أيضاً .

قوله : (الخيار في فسخ البيع) أي : لفوات ما شرط له ، ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط ؛ لزوال الضرر بالفسخ .

قوله : (على الفور) أي : فلا يجوز التراخي فيه .

قوله : (لأنه خيار نقص) تعليل للفورية ، وتغير حال الكفيل بإعسار أو غيره قبل تكفله ، أو تبين أنه قد كان تغير قبله ملحق بالرهن كما قاله الأسنوي أنه القياس ، كذا في «النهاية»^(٣) ، قال بعض أهل العصر : (واعترض بأن تعليلهم بأن المشاهدة تؤدي إلى معرفة حال الشخص صعوبة وسهولة يقتضي عدم الخيار ؛ سيما مع قول بعضهم : إنه مقصر بترك البحث عنه ، فليتأمل)^(٤) .

(١) نهاية المحتاج (٤٥٥/٣) ، أسنى المطالب (٣٣/٢) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٤٥٥/٣) .

(٣) نهاية المحتاج (٤٥٦/٣) .

(٤) انظر «حاشية قليوبي» (١٧٨/٢) .

(وَيَصِحُّ الْبَيْعُ بِشَرْطِ الْإِعْتَاقِ) عَنْ الْمَشْتَرِي أَوْ لَا عَنْ أَحَدٍ (الْمُتَجَرِّزِ) مِنَ الْعَاقِدِينَ ؛ لِتَشَوُّفِ الشَّارِعِ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِهِ بِشَرْطِ عَتَقِهِ بَعْدَ شَهْرٍ ، أَوْ نَحْوِ تَدْبِيرِهِ ، أَوْ عَنِ الْبَائِعِ ، أَوْ أَجْنَبِيٍّ ؛

قوله : (ويصح البيع) أي : بيع القن

قوله : (بشرط الإعتاق) أي : إعتاق ذلك المبيع ، وخرج به : شرط إعتاق غيره فلا يصح معه البيع ؛ لأنه ليس من مصالحه ، قيل : وشرط إعتاق بعضه ، قال في « التحفة » : (وفيه نظر ، بل الذي يتجه : صحة شراء الكل بشرط عتق البعض المعين والمبهم ؛ لأنه كشرط عتق الكل من حيث أدائه للسراية إلى عتق [الكل] من غير فارق بينهما ، فمنعه مع أدائه للمقصود من كل وجه لا معنى له . . .) إلخ^(١) .

قوله : (عن المشتري أو لا عن أحد) أي : بأن أطلق الشرط .

قوله : (المنجز) نعت للإعتاق المشروط .

قوله : (من العاقدین) متعلق (بشرط) أي : فلا فرق في صحة العقد مع ما ذكر ولزوم العتق للمشتري بين كون المبتدئ بالشرط هو البائع ووافقه المشتري أو عكسه على المعتمد . (سم) .

قوله : (لتشوف الشارع إليه) أي : إلى العتق ، على أن فيه منفعة للمشتري دينياً بالولاء ، وأخرى بالثواب ، وللبائع بالتسبب فيه ، وفي الخبر المتفق عليه : أن عائشة رضي الله تعالى عنها اشترت بريرة وشرط مواليتها أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم ، فلم ينكر صلى الله تعالى عليه وسلم إلا شرط الولاء لهم بقوله : « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ؟! ما كان من شرط ليس في كتاب الله .. فهو باطل . . . » الحديث^(٢) .

قوله : (بخلافه) أي : بيع القن .

قوله : (بشرط عتقه بعد شهر) أي : أو لحظة كما في « التحفة » و« النهاية »^(٣) .

قوله : (أو نحو تدبيره) أي : كتعليق عتقه بصفة أو كتابته ، وهذا كالذي قبله محترز قول المتن : (المنجز) .

قوله : (أو عن البائع أو أجنبي) أي : أو بشرط عتقه عن البائع ، فهو عطف على (بعد شهر) ، ومحترز قول الشارح : (عن المشتري) .

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٠٠-٣٠١) .

(٢) صحيح البخاري (٢٥٦٣) ، صحيح مسلم (٨/١٥٠٤) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٣) تحفة المحتاج (٤/٣٠٤) ، نهاية المحتاج (٣/٤٥٨) .

لأنَّه ليسَ في معنى الواردِ . وللمشتري قبل الإعتاقِ انتفاعٌ به ولو بوطءٍ ، وقيمتُهُ إذا قُتِلَ ،

قوله : (لأنه ليس في معنى الوارد) أي : في الخبر السابق ؛ إذ لم يحصل في واحد منها ما تشوف إليه الشارع من العتق ، وكذا لا يصح لو اشترط^(١) الولاء فيه لنفسه ؛ لمخالفته ما تقرر في الشرع أن الولاء لمن أعتق سواء شرط مع الولاء العتق أم لا ؛ بأن قال : بعته بشرط أن يكون لي الولاء إن أعتقته ، وأما خبر : « واشترطي لهم الولاء »^(٢) . فأجاب عنه الأقل بأن راويه هشاماً تفرَّد به ، فيحمل على وهم وقع [له] ؛ لأنه صلى الله تعالى عليه وسلم لا يأذن فيما لا يجوز ، والأكثر بأن الشرط لم يقع في العقد ، وبأنه خاص بقصة عائشة رضي الله تعالى عنها ؛ لمصلحة قطع عادتهم ؛ كما خصَّ فسخ الحج إلى العمرة بالصحابة لمصلحة بيان جوازها في أشهره ، وبأن (لهم) بمعنى : (عليهم) كما في : ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾ ، تدبر .

قوله : (وللمشتري) أي : يجوز له .

قوله : (قبل الإعتاق) ظاهره : أنه لا يجب الفور فيه ، وهو كذلك كما في « التحفة » وغيرها^(٣) ، قال (ع ش) : (والقياس : اللزوم فيما لو شرط البائع على المشتري إعتاقه فوراً ؛ عملاً بالشرط)^(٤) .

قوله : (انتفاع به) أي : بالقن المشروط إعتاقه ؛ لأنه ملكه ، ودخل في كلامه أكسابه فهي للمشتري أيضاً ، واستشكل بما لو أوصى بإعتاق رقيق فتأخر عتقه عن الموت حتى حصل منه أكساب . . فإنها له لا للوارث ، وأجيب بأن الوصية بالعتق بعد الموت ألزم من البيع بشرط العتق ؛ لأنه لا يمكن بعد الموت رفعها بالاختيار ، بخلاف البيع بشرط العتق يمكن بالاختيار بالتقاييل وفسخه بالخيار والعيب ونحوها ، فليتأمل .

قوله : (ولو بوطء) أي : للأمة المشروط إعتاقها ؛ لأنها ملكه .

قوله : (وقيمتُهُ إذا قتل) أي : وللمشتري قيمة القن المشروط إعتاقه إذا قتله أجنبي ، ولا يكلف صرف قيمته إلى شراء قن آخر ليعتقه ، قال في « التحفة » : (كما لا يلزمه عتق ولد الحامل لو أعتقها بعد ولادته ؛ لانقطاع التبعية بالولادة)^(٥) .

(١) في الأصل : (اشترى) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٦٣) ، ومسلم (٨ / ١٥٠٤) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٣) تحفة المحتاج (٣٠٢ / ٤) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٤٥٧ / ٣) .

(٥) تحفة المحتاج (٣٠٣ / ٤) .

لا نحو بيعه وهبته ووقفه وإجارته وتكفير به ؛ لتفويته الشرط . وللبيع دون غيره مطالبته به ، . . .

قوله : (لا نحو بيعه) أي : ولو بشرط العتق أو لمن يعتق عليه كما اقتضاه إطلاقهم ، وهو ظاهر ، وكذا من نفسه كما بحثه بعضهم وإن كان عقد عتاقة^(١) ؛ لأن أخذ العوض خلاف قضية شرط العتق ، فليتأمل .

قوله : (وإجارته) هو الأصح من احتمالين للدارمي .

قوله : (وتكفير به) أي : فلو أعتقه عن كفارة . . لم يجزئه عنها وإن أذن له فيه البائع ؛ لأنه استحق العتق بجهة الشرط فلا يصرف إلى غيرها ؛ كما لا يعتق المنذور عن الكفارة .

قوله : (لتفويته الشرط) تعليل لـ (لا نحو بيعه . .) إلخ ، ولو باع رقيقاً ابتداء بشرط العتق عن كفارة المشتري . . لم يصح على ما بحثه بعضهم ؛ وعلمه بأنه ليس في معنى ما ورد به الخبر ، ولو اشتري رقيقاً بشرط إعتاق يده مثلاً . . لم يصح على ما نقل عن الرملي^(٢) ؛ لأن العضو المعين قد يسقط قبل إعتاقه فلا يمكن إعتاقه بعد سقوطه ، لكن استقرب (ع ش) الصحة قال : (ويكون شرط ذلك شرطاً لإعتاق الجملة ؛ إما من باب التعبير بالجزء عن الكل ، وإما من باب السراية ، والأصل : عدم سقوط العضو ، وبتقدير سقوطه فيحتمل أن يقال : يجب إعتاق الجملة ؛ لأنه التزمه بالتزام إعتاق اليد) انتهى . فليتأمل^(٣) .

قوله : (وللبيع دون غيره) أي : يجوز للبائع الشارط للإعتاق لا لغيره من الآحاد .

قوله : (مطالبته به) أي : مطالبة المشتري بإعتاق ذلك القن ؛ لأنه وإن كان حقاً لله تعالى ، لكن للبائع غرض في تحصيله ؛ لإثباته على شرطه ، وبه فارق الآحاد ، وقول الأذرعى : لم لا يقال : للآحاد المطالبة به حسبة ، لا سيما عند موت البائع أو جنونه . . رده في « النهاية » بما في المماثلة في القصاص مما يؤخذ منه ما اقتضاه كلامهم من امتناع المطالبة ، وأن النظر في مثله للحاكم^(٤) ، لكن الفرق لائح ، ولذا مال إليه فيه في « التحفة » حيث قال بعد تمهيد شيئين : (يحمل قولهم : ليس للآحاد المطالبة به ؛ أي : غير حسبة في مكلف ؛ لأنه يمكنه المطالبة ، بخلافه حسبة ؛ لتصريحهم بجريانها في عتق مكلف لم يدعه ، وسيأتي في نحو شهادة القريب

(١) انظر « حاشية الشرواني » (٣٠٣/٤) .

(٢) نهاية المحتاج (٤٥٨/٣) .

(٣) حاشية الشيرازي (٤٥٨/٣) .

(٤) نهاية المحتاج (٤٥٧/٣) .

وَيُجْبَرُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ وَإِنْ أَسْقَطَهُ الْبَائِعُ أَوْ الْقَرِئُ ، فَإِنْ أَبَى . . أَعْتَقَهُ الْقَاضِي . ووارثُ الْمُشْتَرِي مثله . (وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ كَالْقَبْضِ) أَي : قَبْضِ الْمُشْتَرِي لِلْمَبِيعِ بَعْدَ تَوْفِيرِهِ الثَّمَنَ ،

[لقربيه] الفرقُ بين قصد الحسبة وعدمه ، وبه يتأيد ما ذكرته هنا [من الفرق] بين قصد [دعوى] الحسبة وعدمه ، فتأمل (١) .

قوله : (ويجبر المشتري عليه) أي : يجبره الحاكم على الإعتاق عند امتناعه منه ، ولا يثبت الخيار للبائع .

قوله : (وإن أسقطه البائع أو القن) أي : بناء على أن الحق فيه لله تعالى ، وهو الأصح ، قال في « المغني » : (فإن قلنا : العتق حق للبائع ؛ فلو أسقط حقه . . سقط على المذهب ؛ كما لو شرط رهناً أو كفيلاً ثم عفا عنه) انتهى ملخصاً (٢) .

قوله : (فإن أبى) أي : المشتري ؛ بأن أصر على الامتناع من الإعتاق .

قوله : (أعتقه القاضي) أي : كما يطلق على المولي ، والولاء مع ذلك للمشتري ، وقيل : يحبس حتى يعتقه .

قوله : (ووارث المشتري مثله) أي : في جميع ما ذكر ، فلو مات المشتري قبل إعتاقه . . قام الوارث مقامه ، قال في « النهاية » : (وهو ظاهر في غير من استولدها ، أما هي . . فالأوجه : عتقها بموته ، ولا ينافي ذلك قولهم : إن الاستيلاد لا يجزىء ؛ لأنه ليس بإعتاق ؛ إذ معناه : أنه لا يسقط عنه طلب العتق ، لا أنها لا تعتق بموته ؛ لأن الشارع متشوف إلى العتق ما أمكن ، والحق في ذلك لله تعالى لا للبائع ، فعتقها بموته أولى من أن تأمر الوارث بإعتاقها) تدبر (٣) .

قوله : (ولو شرط مقتضى العقد) أي : ما يقتضيه البيع ؛ وهو ما رتبته الشارع عليه ، جمل عن الحفني (٤) .

قوله : (كالقَبْضِ) أي : وكما لو شرط البائع مع موافقة المشتري حبس المبيع بثمان في الذمة حتى يستوفي الحال لا المؤجل وخاف فوت الثمن بعد التسليم . . فإنه يصح ؛ لأن حبسه حينئذ من مقتضيات العقد . « نهاية » (٥) .

قوله : (بعد توفيره الثمن) أي : أدائه إياه .

(١) تحفة المحتاج (٣٠٢/٤) .

(٢) مغني المحتاج (٤٥/٢) .

(٣) نهاية المحتاج (٤٥٨/٣) .

(٤) فتوحات الوهاب (٨٠/٣) .

(٥) نهاية المحتاج (٤٦٠/٣) .

أَوْ رَدَّهُ بَعِيْبٍ . . صَحَّ ، وَكَانَ مَجْرَدَ تَأْكِيدٍ . (أَوْ) شَرْطٌ (مَا لَا غَرَضَ فِيهِ) لِأَحَدِهِمَا (كَشَرْطِ الْأَ تَأْكُلُ) بِالْفَوْقِيَّةِ أَوْ التَّحْتِيَّةِ

قوله : (أَوْ رده بعيب) أي : حيث أمكن الوفاء ، بخلاف ما إذا لم يمكن ؛ كأن كان المشتري راهناً وأولد ولم ينفذ إيلاده ؛ لإعساره ثم أراد شراء المرهون بعد بيعه في الدين بشرط الرد بالعيب . . فإنه لا يصح ؛ لتعذر الوفاء به بمجرد^(١) ملكه لها ، أفاده الشوبري .

قوله : (صح) يعني : لم يضر ؛ إذ هو تصريح بما أوجبه الشارع ، ثم رأيت في « الروضة » كـ « أصلها » عبر بـ : (لم يضر) وهو الأولى ، على أنه يصح رجوع ضمير (صح) للعقد المقرون بهذا الشرط ، بل يتعين ذلك ؛ لأنه المراد في الذي بعده كما يأتي ، وحينئذ : فهو بمعنى : لم يضر من غير تأويل . « تحفة » و « نهاية »^(٢) .

قوله : (وكان مجرد تأكيد) أي : للاستغناء بإيجاب الشرع ، فلا خيار بفقده ، خلافاً لما يوهمه قول بعض الشراح : صح العقد ولغا الشرط في الثاني ؛ أعني : شرط ما لا غرض فيه الآتي ، إلا أن يريد ما تقرر : أن الثاني لم يفد شيئاً أصلاً ، والأول - أعني : شرط مقتضى العقد - أفاد التأكيد ، أفاده في « التحفة » و « النهاية »^(٣) .

قوله : (أَوْ شرط ما لا غرض فيه) أي : وإن لم يقتضه العقد ، قاله في « الأسنى »^(٤) .
قوله : (لأحدهما) أي : المتعاقدين ، وهذا خلاف ما في « التحفة » و « النهاية » : أن العبرة فيه العرف قالوا : (فلا عبرة بغرض العاقدين أو أحدهما فيما يظهر ، ثم رأيت ما يصرح به كما يأتي) انتهى^(٥) .

قوله : (كشرط ألا تأكل . . .) إلخ ، تمثيل لما لا غرض فيه

قوله : (بالفوقية أو التحتية) أي : في (تأكل) ، فالأول على الخطاب للمشتري ، والثاني على أن الضمير للقرن المبيع ، وأما ما ذهب إليه جمع ، منهم : أبناء الصلاح والرفعة والأستاذ من أن محله ألا تأكل إلا كذا بالفرقية ؛ لأن هذا هو الذي لا غرض فيه ألبتة ، بخلافه بالتحتية ؛ لاختلاف الأغراض حينئذ فيفسد به العقد . . فمردود بأن الصحيح كما قالاه في « التحفة » و « النهاية » : أنه

(١) في الأصل : (ببحود) . ولعل الصواب ما أثبت ، انظر « فتوحات الوهاب » (٨٠ / ٣) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٠٤ / ٤) ، نهاية المحتاج (٤٥٩ / ٣) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٠٤ / ٤) ، نهاية المحتاج (٤٥٩ / ٣) .

(٤) أسنى المطالب (٣١ / ٢) ، .

(٥) تحفة المحتاج (٣٠٤ / ٤) ، نهاية المحتاج (٤٥٩ / ٣) .

(إِلَّا كَذًا) كهريسة ، أَوْ أَلَّا تَلْبَسَ إِلَّا الْحَرِيرَ . . كَانَ لَغَوًّا ، فَإِنْ حَرَّمَ . . أَفْسَدَ ؛ كَبِيعَ سَيْفٌ بِشَرْطِ أَنْ يَقْطَعَ بِهِ الطَّرِيقَ ، أَوْ قَنْ بِشَرْطِ أَنْ يُصَلِّيَ الْفَرَضَ أَوَّلَ وَقْتِهِ ، أَوْ أَنْ يَجْمَعَ لَهُ بَيْنَ أَدْمِينٍ ؛

لا فرق ؛ إذ ما ذكر وإن كان فيه غرض ، لكنه لخصوص البائع^(١) ، وقد تقدم أنه غير معتبر ، وعلى التنزل : فلا غرض له بعد خروجه عن ملكه في تعيين غذاء مع أنه يحصل الواجب في الجملة عليه من إطعامه ، فلي تأمل .

قوله : (كهريسة) أي : أو ثريد ، وبتمثيلهم بها اشتهرت بمسألة الهريسة ، وهي طعام معروف .

قوله : (أَوْ أَلَّا تَلْبَسَ) بالفوقية أو التحتية : نظير ما مر .

قوله : (إِلَّا الْحَرِيرَ) أي : إن جاز ، كذا في « التحفة »^(٢) ، قال (سم) : (لعله احتراز عما لو شرط الحرير بدون ضرورة ولا حاجة)^(٣) أي : فإنه لا يصح .

قوله : (كَانَ لَغَوًّا) أي : وصح العقد ، وهذا جواب (لو) المقدرة في قوله : (أَوْ شَرْطَ مَا لَا غُرْضَ فِيهِ) وذلك لأنه لا يورث تنازعا غالبا .

قوله : (فَإِنْ حَرَّمَ) هذا محترز قيد ملحوظ كما مر عن « التحفة » .

قوله : (أَفْسَدَ) أي : العقد .

قوله : (كَبِيعَ سَيْفٌ بِشَرْطِ أَنْ يَقْطَعَ بِهِ الطَّرِيقَ) أي : فإنه مفسد للعقد ؛ لتحقق المعصية فيه ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (بخلاف بيع ثوب حرير بشرط لبسه من غير زيادة على ذلك ؛ لأنه لم يتحقق المعصية فيه لجوازه لأعداء ، وبه يندفع ما للزركشي هنا فيما لو شرط أن يلبسه الحرير وكان بالغيا)^(٤) .

قوله : (أَوْ قَنْ) عطف على (سيف) .

قوله : (بِشَرْطِ أَنْ يُصَلِّيَ الْفَرَضَ أَوَّلَ وَقْتِهِ) أي : أو أن يصلي النوافل ، أو أن يصوم غير رمضان فإنه مفسد للعقد أيضا ؛ لأنه إلزام ما ليس بلازم ، ولأنه يؤدي إلى ضعف العبد عن الخدمة .

قوله : (أَوْ أَنْ يَجْمَعَ لَهُ بَيْنَ أَدْمِينٍ) أي : أو بيع قن بشرط أن يجمع له بين أدمين أو نوعين من الأطعمة فإنه مفسد للعقد أيضا .

(١) تحفة المحتاج (٣٠٤/٤) ، نهاية المحتاج (٤٥٩/٣) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٠٤/٤) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣٠٥-٣٠٤/٤) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٠٥-٣٠٤/٤) ، نهاية المحتاج (٤٥٩/٣) .

لأنَّه ليسَ مِنْ جنسٍ ما يلزمُهُ بوجهٍ . (أَوْ) شرطٌ (وَضْفًا يُقْصَدُ ؛ كَكَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا ، أَوْ الدَّابَّةَ حَامِلًا ، أَوْ لَبُونًا .. صَحَّ) لأنَّه

قوله : (لأنه ليس من جنس ما يلزمه بوجه) أي : فإذا شرط .. فقد شرط ما لا يلزمه ، وهو مخالف لمقتضى العقد ، بخلاف ما مر في مسألة الهريسة فإنه فيما يلزمه في الجملة ؛ فإن نفقة الرقيق مقدرة بالكفاية ، وقد شرط عليه أداؤها من أحد الأنواع التي تتأدى هي بيعها ، فيصح وإن لم يلزم الوفاء به ، إذ الواجب أحدها ، فأشبهه خصال الكفارة فإنها لا تتعين بالتعيين ، فتأمله لتعلم به اندفاع ما أطال به بعضهم هنا .

قوله : (أو شرط وصفاً يقصد) أي : للمتعاقدين أو لأحدهما ويساعده الآخر ، وقيد بعضهم الصحة بما إذا لم يشترط النهاية في الصفة ؛ قياساً على قولهم في السلم : إنه يصح بشرط الجيد لا الأجود ؛ لأن أقصاه غير معلوم فكأنه شرط شيئاً مجهولاً .

قوله : (ككون العبد كاتباً) أي : أو عالماً ، ولا يشترط كما استظهره (ع ش) تعيين ما ينطلق عليه اسم العالم عند تعدد العلوم التي يشتغلون بها عرفاً ، ولو شرط كونه قارئاً .. اكتفى بالقراءة العرفية ولو نظراً ما لم يشترط حفظه عن ظهر قلب^(١) .

قوله : (أو الدابة حاملة) أي : أو الأمة ، بل يمكن شمول كلامه [لها] حملاً للدابة على المعنى اللغوي ، وقول بعضهم : (لو أبدل « الدابة » بـ « الحيوان » .. لكان أحسن ؛ ليشمل الأمة فإن حكمها كذلك) : لعله حمل الدابة على العرف ؛ وإلا .. فهو كالتعبير بالحيوان ، تدبر .

قوله : (أو لبوناً) أي : ذات لبن وإن وصفه بالكثرة ، ما لم يشترط النهاية فيها .. فيحمل على العرف .

قوله : (صح) أي : العقد مع الشرط ، وللمشتري الخيار فوراً إن أخلف الشرط الذي شرطه إلى ما هو أدون ؛ لفوات شرطه ، بخلاف ما إذا أخلف إلى ما هو أعلى .. فلا خيار ؛ كأن شرط ثبوتها فخرجت بكرة ، قل في « التحفة » : (ولا نظر إلى غرضه نفسه لنحو ضعف آلتة ؛ لأن العبرة في الأعلى ، وضده بالعرف لا بغيره ، ومن ثم قالوا : لو شرط أنه خصي فبان فحلاً .. تخيير ؛ لأنه يدخل على الحُرْم ، ومرداهم : الممسوح ؛ لأنه الذي يباح له النظر)^(٢) .

قوله : (لأنه) أي : الشرط المذكور ، ولهذا تعليل للصحة .

(١) حاشية الشبراملسي (٣/ ٤٦٠) .

(٢) تحفة المحتاج (٤/ ٣٠٦) .

التزام وصف ناجز لا إنشاء مجدد ، فلا يؤدي لنزاع ، ويكتفى بأي كتابة ، أو لبن وجد . فإن شرط أن يكتب كل يوم كذا أو أن يحلب كل يوم كذا . لم يصح . وخرج بشرط ما ذكر : ما لو جعله مبيعاً ؛

قوله : (التزام وصف ناجز) أي : أنه التزم وصفاً موجوداً عند العقد .

قوله : (لا إنشاء مجدد) يعني : لا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل ، فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط وإن سمي شرطاً على سبيل المجاز ؛ إذ الشرط لا يكون إلا مستقبلاً .

قوله : (فلا يؤدي لنزاع) أي : كما لا يؤدي إليه ما لا غرض فيه . ولأن ذلك شرط يتعلق بمصلحة العقد ؛ وهو العلم بصفات المبيع التي يختلف بها الأغراض .

قوله : (ويكتفى بأي كتابة) أي : عربية وغيرها ، ما لم تكن الأغراض في محل العقد مختلفة لاختلاف الأقاليم . فيجب التعيين كما قاله في « شرح الإرشاد »^(١) .

قوله : (أو لبن وجد) أي : لكن لا بد من وجود قدر من اللبن يقصد بالشراء عرفاً كما بحثه في « الإيعاب » ، وأقره (سم) .

قوله : (فإن شرط أن يكتب) أي : العبد .

قوله : (كل يوم) أي : أو في بعض الأيام .

قوله : (كذا) أي : شيئاً معيناً .

قوله : (أو أن يحلب كل يوم كذا) أي : أو شرط أن يحلب الحيوان كل يوم أو في بعض الأيام شيئاً معيناً ؛ كرطل مثلاً .

قوله : (لم يصح) أي : العقد وإن علم قدرته عليه كما اقتضاه إطلاقهم ، ولا يأتي هنا بحث السبكي الآتي في الجمع في الإجارة بين العمل والزمن ، ولو اشترى حبا للبذر بشرط أنه ينبت ، فالذي اعتمده في « التحفة » : أنه إن شهد قبل بذره بعدم إنباته خيران . . تخير في رده ، ولا نظر لإمكان [علم] عدم إنباته ببذر قليل منه لا يمكن العلم بدونه^(٢) .

قوله : (وخرج بشرط ما ذكر) أي : الوصف المقصود .

قوله : (ما لو جعله مبيعاً) أي : أو باع الحامل دون الحمل أو اللبن ؛ لتعذر استثنائه ؛ إذ هو كأعضاء الحيوان ، وفارق صحة بيع الشجرة دون ثمرها بتيقن وجود الثمرة والعلم بصفاتها ، بخلاف الحمل .

(١) فتح الجواد (١ / ٣٩٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٤ / ٣٠٦) .

كَبَيْتُكَ هَذِهِ وَحَمَلَهَا ، أَوْ مَعَ حَمَلِهَا ، أَوْ بِحَمَلِهَا ، أَوْ وَلَبْنَهَا ، أَوْ مَعَ لَبْنِهَا ، أَوْ بِلَبْنِهَا . . فَإِنَّهُ بَاطِلٌ .

(فَضْلٌ)

في منهيّات في البيع

لا تقتضي فسادُهُ ؛ لرجوع النَّهْيِ فِيهَا إِلَى مَعْنَى خَارِجٍ عَنْ ذَوَاتِهَا ،

قوله : (كَبَيْتُكَ هَذِهِ وَحَمَلَهَا أَوْ مَعَ حَمَلِهَا أَوْ بِحَمَلِهَا . .) إلخ ، أشار بتعداد الأمثلة إلى أنه لا فرق فيها بين أن يأتي بلواو أو الباء أو مع ، وهذا كذلك كما نقلوه عن « المجموع » ، وخالف فيه السبكي فقال بالبطلان في الواو ، وبالصححة مع الباء قال : واللغة تقتضيه ، وكلام الشافعي والأصحاب لا يخالفه إلا في الأس ؛ فلعل قائله لم يححر العبارة ، فليُنزل كلام الأصحاب على ما قلته .

قوله : (أَوْ وَلَبْنَهَا أَوْ مَعَ لَبْنِهَا أَوْ بِلَبْنِهَا) أي : لأن اللبن مقصود وهو غير معلوم ، بخلاف ما لو شرط أنها لبون ؛ لأن المعنبر وصف اللبن به وهو معلوم .

قوله : (فَإِنَّهُ بَاطِلٌ) أي : لأن ما لا يصح بيعه وحده لا يصح بيعه مقصوداً مع غيره ، وفارق صححة : بعتك هذا الجدار وأسه ، أو بأسه ، أو مع أسه على المعتمد ؛ بأنه داخل في مسماه لفظاً فلم يلزم على ذكره محذور ، والحمل ليس داخلاً في مسمى البهيمة كذلك ، فلزم من ذكره توزيع الثمن عليهما وهو مجهول ، وإعطاؤه حكم المعلوم إنما هو عند كونه تبعاً لا مقصوداً ، وكالجدار وأسه الجبة وحشوها . انتهى « تحفة » و « نهاية »^(١) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل في منهيّات في البيع لا تقتضي فسادهُ) أي : فالمعقود في هذا الفصل أشياء تحرم على العالم بالنهي عنها ، ولا يبطل العقد عندها .

قوله : (لرجوع النهي فيها إلى معنى خارج عن ذواتها) أي : المنهيّات ؛ فإن النهي إن كان لذات العقد أو لازمه ؛ بأن فقد بعض أركانه أو شروطه . . اقتضى بطلانه وحرمة ؛ لأن تعاطي العقد الفاسد مع العلم بفساده أو مع التقصير حرام على المنقول المعتمد سواء ما فساد به النص والاجتهاد ، أو لخارج عنه ؛ بالألا يكون لذاته ولا لازمه ؛ كالبيع وقت نداء الجمعة . . اقتضى حرمة فقط ، تدبر .

(١) تحفة المحتاج (٤/٤٣٥-٤٣٦) ، نهاية المحتاج (٣/٤٦٢) .

مَنْ جُمِلَتْهَا أَنَّهُ (يَحْرُمُ) عَلَى مَنْ عَلِمَ التَّحْرِيمَ (بَيْعُ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي) وَالتَّعْبِيرُ بِهِمَا هُنَا - كَمَا فِي الْحَدِيثِ الْآتِي - جَرِيٌّ عَلَى الْغَالِبِ (بِأَنْ يَتَقَدَّمَ شَخْصٌ) غَرِيبٌ أَوْ مِنْ أَهْلِ الْبَلَدِ

قوله : (من جملتها) أي : المنهيات المذكورة .

قوله : (أنه يحرم على من علم التحريم) أي : بخلاف من جهله .

قوله : (بيع الحاضر للبادي) أي متاع البادي ؛ ففي « البهجة » : [من الرجز]

وَيَبْعُ حَاضِرٌ مَتَاعَ بَادِي (١)

فليس المراد : أن البادي هو المشتري كما يوهمه كلامه ، والحاضر : ساكن الحاضرة ؛ وهي المدن والقرى والريف ، وهي أرض ذات زرع وخصب بكسر الخاء ؛ أي : نماء وبركة ، خلاف الجذب ، والمذكورات خلاف البادية ، والنسبة إليها : بدوي ، وإلى الحاضرة : حضري على خلاف القياس فيها ؛ إذ هو بادي وحاضري .

قوله : (والتعبير بهما) أي : بالحاضر والبادي .

قوله : (هنا) أي : في كلام المصنف ، وكذا غيره ؛ وكأنهم عبروا بهما تبركاً بالحديث .

قوله : (كما في الحديث الآتي) أي : قريباً .

قوله : (جري على الغالب) أي : فلا يعمل بمفهومهما المخالف ، قال الشرقاوي : (حتى لو كانا حاضرين أو باديين أو أحدهما حاضراً والآخر بادياً أو بالعكس .. كان الحكم كذلك ، فالمراد كل جالب) انتهى ، فلي تأمل (٢) .

قوله : (بأن يقدم شخص ...) إلخ ، بفتح الدال ، قال في « القاموس » : (قدم من سفره : كعلم قدوماً وقدماناً بالكسر فهو قادم ، والجمع : كعنق وزنار) (٣) .

قوله : (غريب أو من أهل البلد) أي : فلا يتقيد ذلك بكون القادم غريباً وإن قيد به في « المنهاج » (٤) ، أفاده في « شرح المنهاج » (٥) ، لكن في « حاشية الروض » مانصه : (قال الزركشي : ومن الشروط : أن يكون القادم غير داخل لوطنه ، ذكره الدارمي ، وهو قضية تعبير - المصنف - أي : النووي - بالغريب ، خلافاً لمن قال عبر به للغالب) انتهى (٦) .

(١) بهجة الحاوي (ص ٧٩) .

(٢) حاشية الشرقاوي (١٠/٢) .

(٣) القاموس المحيط (٢٢٨/٤) ، مادة : (قدم) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٢١٦) .

(٥) فتح الوهاب (١٦٦/١) .

(٦) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٨/٢) .

(بِمَتَاعٍ تَعْمُ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ) أي : في جنسه ولو غير قوت وإن لم يظهر بيعه سعة في البلد لنحو عموم وجوده ، ورخص السعر ، لبيعته بسعر وقته ، فيقول له آخر (بلدي أو بدوي) : (أنا أبيعك لك على التدرج بأغلى) أو بنوع أرفع

قوله : (بمَتَاعٍ تَعْمُ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ) أي : تكثر حاجة أهل البلد إلى ذلك المتاع ، خرج به : ما لم يحتاج إليه أصلاً ، أو احتيج إليه نادراً باعتبار الأوقات ، فلو كان في البلد طائفة يحتاجون إليه في أكثر الأوقات وأكثر أهلها في غنية عنه . . كان مما تعم الحاجة إليه ، تأمل .

قوله : (أي : في جنسه) أي : فالمراد : عموم الحاجة إلى جنسه لا إلى شخصه .

قوله : (ولو غير قوت) أي : بخلاف تحريم الاحتكار ؛ وهو إمساك ما اشتراه في وقت الغلاء لبيعته بأكثر مما اشتراه به عند اشتداد الحاجة فإنه مختص بالأوقات فلا يعم جميع الأطعمة .

قوله : (وإن لم يظهر بيعه سعة في البلد) أي : مثلاً .

قوله : (لنحو عموم وجوده ورخص السعر) أي : أو لقلته أو لكبر البلد .

قوله : (لبيعته بسعر وقته) أي : وقت القدوم ، وظاهر كلامه كغيره : أنه لو أراد : تأخير زمن فسأله آخر أن يؤخره عنه . . لم يحرم ، ويوجه بأن النفوس إنما تتشوف للشيء في أول أمره ، لكن الظاهر : الحرمة ؛ لظهور المعنى الذي هو التضييق .

قوله : (فيقول له) أي : القادم المذكور .

قوله : (آخر بلدي أو بدوي) أي : فمن عبر بالبلدي . . وإنما أراد مجرد التمثيل ، قال في « التحفة » : (ولو تعدد انقائلون معاً أو مرتباً . . أثموا كلهم كما هو ظاهر)^(١) .

قوله : (أنا أبيعك لك) أي : أو لبيعته فلان معي أو بنظري فيما يظهر ، ويحتمل خلافه ، قاله في « التحفة »^(٢) ، واستظهر (ع ش) : أن التعبير بمعني أو بنظري جري على الغالب ، حتى لو حذفهما . . كان الحكم كذلك^(٣) .

قوله : (على التدرج) أي : شيئاً فشيئاً ، وهو ليس بقيد ، بل مثله ما لو قال : لأبيعك لك دفعة بعد يوم . شرقاوي^(٤) .

قوله : (بأغلى أو بنوع أرفع) قيل : إنه غير قيد أيضاً ، لكن استظهر (ع ش) : أنه قيد معتبر ،

(١) تحفة المحتاج (٤/٣١٠) .

(٢) تحفة المحتاج (٤/٣١٠) .

(٣) حاشية الشبراملي (٣/٤٦٤) .

(٤) حاشية الشرقاوي (١٠/٢) .

- وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُ : أتركه عِنْدِي - لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ ؛ دَعَوْا النَّاسَ ، يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ »

ووجهه بأنه لا يكون حاملاً للبائع على التأخير إلا حينئذ ، فلي تأمل^(١) .

قوله : (وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُ : اتركه عندي) أي : فمثله : اتركه عندك أو عند زيد ، خلافاً لما يوهمه كلام « المنهاج »^(٢) فقد قال شيخ الإسلام : (ولا يتقيد ذلك بكون المتاع عند الحاضر وإن قيد به الأصل)^(٣) .

قوله : (لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ ») يصح عربية قراءته بالرفع والجزم ، لكن قال بعضهم : إن الرواية بالجزم ؛ ويوافقه الرسم ، كذا في « ع ش »^(٤) .

أقول : الذي رأيته في نسختي من « صحيح مسلم » فيها روايتان ؛ فرواية أبي هريرة مرسومة بالياء المثناة بعد الباء الموحدة^(٥) ، ورواية جابر مرسومة بحذف المثناة بعد الموحدة^(٦) على ما في « شرح مسلم » ، وفيه من رواية أنس زيادة : و « إن كان أخاه أو أباه »^(٧) .

قوله : (« دعوا الناس ») وقع لشارح أنه زاد فيه : « في غفلاتهم » ونسبه لمسلم ، وهو غلط ؛ إذ لا وجود لهذه الزيادة في « مسلم » ، بل ولا في كتب الحديث كما قضى به سبر ما بأيدي الناس منها . انتهى . « تحفة »^(٨) .

قوله : (« يرزق الله بعضهم من بعض ») هو بالرفع على الاستئناف ، ويمنع الكسر فساد المعنى ؛ لأن التقدير عليه : إن تدعوا . . . يرزق الله . . . إلخ ، ومفهومه : إن لم تدعوا . . لا يرزق ، وكل غير صحيح ؛ لأن رزق الله الناس غير متوقف على أمر ، وهذا كله حيث لم تعلم الرواية ، وأما إذا علمت . . فتتعين ، ويكون معناها على الجزم : إن تدعوه . . يرزقهم الله من تلك الجهة ، وإن منعتهم . . جاز أن يرزقهم الله من تلك الجهة وأن يرزقهم الله من غيرها . (ع ش)^(٩) .

(١) حاشية الشيرازي (٤٦٤/٣ - ٤٦٥) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٢١٦) .

(٣) فتح الوهاب (١٦٦/١) .

(٤) حاشية الشيرازي (٤٦٥/٣) .

(٥) صحيح مسلم (١٥٢٠) .

(٦) صحيح مسلم (١٥٢٢) .

(٧) صحيح مسلم (١٥٢٣) ، شرح صحيح مسلم (١٦٤/١٠) .

(٨) تحفة المحتاج (٣١٠/٤) .

(٩) حاشية الشيرازي (٤٦٥/٣) .

ويختصُّ التَّحْرِيمُ بِالْقَائِلِ ، وَلَا يَأْتُمُ بِإِرْشَادِهِ لَوْ اسْتَشَارَهُ ، بَلْ يُلْزِمُهُ نَصَحُهُ . (وَيَحْرُمُ) عَلَى مَنْ عَلِمَ التَّحْرِيمَ أَيْضاً (تَلَقَّى السَّلْعَ) أَي : الْخُرُوجَ عَنِ الْبَلَدِ ، أَوْ الْحَلَّةَ ، أَوْ الْجَيْشِ ، أَوْ الرُّكْبِ . .

قوله : (ويختص التحريم بالقائل) أي : فلا إثم على صاحب المتاع وإن أجابه ؛ لأن له غرضاً جائزاً وهو غرض الربح ، واعترض بأن الأصح : أنه يحرم على المرأة تمكين المحرم من الوطء ؛ لأنه إعانة على معصية ، فينبغي أن يكون ما هنا مثله ، وأجيب بأن المعصية إنما هي الإرشاد إلى التأخير فقط وقد انقضت لا الإرشاد مع البيع الذي هو الإيجاب الصادر منه ، وأما البيع . . فلا تضيق فيه ؛ ولا سيما إذا صمم المالك على ما أشار به ، حتى لو لم يباشره المشير عليه باشره غيره ، بخلاف تمكين المرأة الحلال المحرم من الوطء فإن المعصية بنفس الوطء ، تأمل .

قوله : (ولا يأتُم بإرشاده لو استشاره) يعني : أنه لو استشاره البدوي فيما فيه حظه فأرشدته إلى الادخار والبيع على التدرج . . لم يأتُم بإرشاده إياه .

قوله : (بل يلزمه نصحه) هذا هو المعتمد بدلاً للنصيحة ، ونقل عن ابن الوكيل أنه لا يلزمه توسيعاً على الناس ، ومعناه : أنه يسكت لا أنه يكذب ويخبر بخلاف نصيحته ، قال في « التحفة » : (ولو قدم من يريد الشراء فتعرض له من يشتري له رخيصة . . ففي إثمه تردد ، واختار البخاري الإثم ؛ لحديث فيه عند أبي داود ، وبحث الأذرعى الجزم به ، وسبقه إليه ابن يونس ، وله وجه كالبيع وإن أمكن الفرق بأن الشراء غلباً بالنقد ، وهو لا تعم الحاجة إليه ، ومال إليه جمع متأخرون ، ويمكن الجمع بحمل الأول على شراء بمتاع تعم الحاجة إليه والثاني على خلافه) فليتأمل ^(١) .

قوله : (ويحرم على من علم التحريم أيضاً) أي : فإن شرط الحرمة في جميع المناهي كما قاله النووي : أن يكون عالماً بالنهي ^(٢) ، قال في « التحفة » : (أي : أو مقصراً في تعلمه كما هو ظاهر ؛ أخذاً من قولهم : يجب على من باشر أمراً أن يتعلم ما يتعلق به مما يغلب وقوعه) ^(٣) .

قوله : (تلقى السلع) بكسر السين وفتح اللام : جمع سلعة ؛ وهي المتاع وما اتجر به .

قوله : (أي : الخروج . . .) إلخ ، تفسير للتلقي .

قوله : (عن البلد أو الحلة أو الجيش أو الركب) أي : فمن اقتصر على ^(٤) البلد . . فإنما أراد به مجرد التمثيل والغالب ؛ إذ لو كان الجالب إلى حلة بالبادية أو إلى جيش أو إلى ركب . . كان الحكم كذلك .



(١) تحفة المحتاج (٤/٣١٠-٣١١) .

(٢) شرح صحيح مسلم (١٠/١٦٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٤/٣١١) .

(٤) في الأصل : (عن) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

فَمَنْ تَلَقَّاهَا . . فصاحبُ السِّلْعَةِ بِالْخِيَارِ « ولأنَّه غبنُهُمْ وَإِنْ اشْتَرَى بِأَكْثَرِ مِنْ سَعْرِ الْبَلَدِ ؛ إِذْ هُوَ لَا يَنْضَبُطُ وَإِنْ كَانَ ذُو السِّلْعَةِ غَيْرَ قَاصِدٍ مُحَلٍّ مِنْ لَقِيْهِ ، (وَلَهُمُ الْخِيَارُ) وَإِنْ لَمْ يَدْخُلُوا الْبَلَدَ

قوله : (« فمن تلقاها ») أي : السلع واشتراها من صاحبها .

قوله : (« فصاحب السلعة بالخيار ») أي : بعد قدومه السوق ؛ ففي رواية لمسلم : « فمن تلقاها فاشترى منه : فإذا أتى سيده السوق . . فهو بالخيار »^(١) .

قوله : (« ولأنه غبنهم ») أي : الركبان ، والأنسب : أفراد الضمير ؛ ليرجع إلى صاحب السلعة ، ثم هذا عطف على (لخر . . .) إلخ ، وبيان لحكمة النهي عن ذلك ، قال في « التحفة » : (وقيل : خشية حبس المشتري لما يشتريه منهم فيضيق على أهل البلد)^(٢) .

قوله : (« وإن اشترى بأكثر من سعر البلد ») أي : بعد إخباره له بالسعر صادقاً فيحرم على ما قاله جمع ، وسيأتي عن « التحفة » اعتماد خلافه .

قوله : (« إذ هو لا ينضبط ») هذا توجيه لما تضمنه الغاية من الحرمة ، قال في « التحفة » بعد نقلها عن جمع : (وهو الذي يدل عليه المتن ، ويوجه بأن احتمال الغبن حاصل هنا وهو ملحوظ الحرمة ، بخلاف الخيار فإن ملحظه وجود الغبن بالفعل ولم يوجد ، وقال آخرون : لا حرمة ؛ إذ لا ضرر ، وهو الذي دل عليه كلام الرافعي ، فهو الأوجه)^(٣) ، ووافقه الرملي في « النهاية »^(٤) .

قوله : (« وإن كان ذو السلعة ») أي : صاحبها .

قوله : (« غير قاصد محل من لقيه ») أي : كأن لم يرد دخول البلد ، بل اجتاز بها فيحرم الشراء منه في حال جوازه كما اعتمد الرملي ، أفاده ابن قاسم .

قوله : (« ولهم الخيار ») أي : فوراً كما في « التحفة » وغيرها^(٥) ، قياساً على خيار العيب .

نعم ؛ لو ادعى جهله بالخيار أو كونه على الفور وهو ممن يخفى عليه . . صدق وعذر ، قال بعضهم : (لو تمكن من الوقوف على الغبن واشتغل بغيره ؛ فكعلمه بالغبن . . فيبطل خياره بتأخير الفسخ)^(٦) .

قوله : (« وإن لم يدخلوا البلد ») هذا صريح في أن ثبوت الخيار لهم لا يتوقف على وصولهم

(١) صحيح مسلم (١٧/١٥١٨) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) تحفة المحتاج (٣١٢/٤)

(٣) تحفة المحتاج (٣١٢/٤)

(٤) نهاية المحتاج (٤٦٧/٣)

(٥) تحفة المحتاج (٣١٢/٤) ، نهاية المحتاج (٤٦٧/٣) .

(٦) انظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (٣٩/٢) .

(إِنْ هُبْنُوا) بِأَنْ بَاعُوا بِدُونِ سَعْرِ الْبَلَدِ مَعَ جَهْلِهِمْ بِهِ ؛ لِلخَبْرِ الْمَارِّ . (وَيَحْرُمُ) عَلَى مَنْ مَرَّ (سَوْمٌ عَلَى السَّوْمِ) بِأَنْ يَزِيدَ عَلَى آخَرَ

البلد ، وهو ظاهر صنيع « المنهاج »^(١) ، لكن صنيع « أصله » كـ « الروضة » : أنه يتوقف عليه^(٢) ، وهو ظاهر الخبر حيث ذكر فيه : « فإذا أتى سيده السوق . . فهو بالخيار »^(٣) ، إلا أن يقال : إنه جري على الغالب .

قوله : (إِنْ هُبْنُوا) أي : وعلموا بالغبن .

قوله : (بأن باعوا بدون سعر البلد مع جهلهم به) أي : بالسعر ، بخلاف ما إذا لم يغبنوا ؛ كأن اشتراه منهم بسعر البلد أو أكثر أو بدونه وهم عالمون به . . فلا خيار لهم ؛ لانتهاء المعنى السابق ، ومر الخلاف في الإثم حينئذ .

قوله : (لِلخَبْرِ الْمَارِّ) أي : « فمن تلقاها . . فصاحب السلعة بالخيار »^(٤) ، قال في « الأسنى » : (ولو لم يعرفوا الغبن حتى رخص السعر وعاد إلى ما باعوا به . . فهل يثبت الخيار ؟ وجهان في « البحر » وغيره ، منشؤهما : اعتبار الابتداء أو الانتهاء ، وكلام الشاشي يقتضي عدم ثبوته ، والأوجه : ثبوته ، وهو ظاهر الخبر ، وإليه ميل الأسنوي في « شرح المنهاج » ، وقد يقال : الأوجه : عدم ثبوته ؛ كما في زوال عيب المبيع ، وقد يجاب بأن المقتضي وأثره زالا ثم ، وهنا وإن زال أثره . . لم يزل هو مع أنه [لم] يحصل إلا بمحرم^(٥) .

قوله : (ويحرم على من مر) أي : من علم التحريم .

قوله : (سوم على السوم) أي : سوم غيره ، قال الشرقاوي : (هو أن يأخذ سلعة ليقبلها هل تعجبه فيشتريها ، أو لا فيردها ؛ أي : سبب تحصيل السوم ، وهو القول الآتي ، فهو الموصوف بالحرمة)^(٦) .

قوله : (بأن يزيد على آخر) أي : ولو ذمياً ومعاهداً ومؤمناً ، قال (ع ش) : (خرج به الحربي والمردت فلا يحرم ، ومثلهما الزاني المحصن بعد ثبوت ذلك عليه ، وتارك الصلاة بعد أمر

(١) منهاج الطالبين (ص ٢١٧) .

(٢) المحرر (ص ١٤١) ، روضة الطالبين (٤١٥/٣) .

(٣) أخرجه مسلم (١٧/١٥١٨) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) أخرجه مسلم (١٧/١٥١٨) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٥) أسنى المطالب (٣٩/٢) .

(٦) حاشية الشرقاوي (١٢/٢) .

في ثمن ما يريد شراءه ، أو يخرج له أرخص منه ، أو يرغب المالك في استرداده ليشتريه بأعلى .
وإنما يحرم ذلك (بعد استقرار الثمن) بأن يصرحاً بالتراضي به وإن فحش نقصه عن القيمة ؛ للنهي
عنه

الإمام ، ويحتمل أن يقال بالحرمة ؛ لأن لهما احتراماً في الجملة (١) .

قوله : (في ثمن ما يريد شراءه) أي : كأن يقول للمالك : استرده لأشتره منك بأكثر من هذا
الثمن .

قوله : (أو يخرج له أرخص منه) أي : مما يريد شراءه ؛ كأن يقول لمن أخذ شيئاً ليشتريه
بكذا : رده حتى أبيعك خيراً منه بهذا الثمن أو بأقل منه أو مثله بأقل .

قوله : (أو يرغب المالك في استرداده) أي : ما باعه .

قوله : (ليشتريه بأعلى) أي : من ذلك الثمن ، ويحث (سم) أنه جري على الغالب : أن
الاسترداد من أخذ لا يكون إلا بأكثر ، فلا فرق بين الأكثر والمثل والدون ؛ لوجود الإيذاء (٢) .

قوله : (وإنما يحرم ذلك) أي : السوم على السوم .

قوله : (بعد استقرار الثمن) أي : وكان المبيع غير محرم ، وإلا ؛ بأن كان المبيع نحو زبيب
وظن أن المشتري يشتريه ليعصره خمراً . فيجوز السوم على سومه كما هو ظاهر ؛ إذ المحرم
لا حرمة له ، وإزالة للمكبر ، أفاده في « حاشية الفتح » (٣) .

قوله : (بأن يصرحاً بالتراضي به) أي : بالثمن ؛ تمثيل لاستقراره ، فإن لم يصرح المالك
بالإجابة ؛ بأن عرض أو سكت أو كانت الزيادة قبل استقرار الثمن ، أو كان إذ ذاك ينادي عليه لطلب
الزيادة . لم يحرم ذلك . قال (ع ش) : (والحال : أنه يريد الشراء كما هو ظاهر ، وإلا .
حرمت الزيادة ؛ لأنها من النجش الآتي ، بل يحرم على من لا يريد الشراء أخذ المتاع الذي يطاف به
لمجرد التفرج عليه ؛ لأن سماحه إنما يأذن عادة في تقليبه لمريد الشراء ، ويدخل في ضمانه بمجرد
ذلك ، حتى لو تلف في يد غيره . كان طريقاً في الضمان ؛ لأنه غاصب بوضع يده عليه ، فليتنبه له
فإنه يقع كثيراً) انتهى (٤) .

قوله : (للنهي عنه) أي : عن السوم على السوم بلفظ : « لا يسوم الرجل على سوم أخيه »

(١) حاشية الشيرازي (٤١٧ / ٣) .

(٢) حاشية ابن قاسم على الغرر (٥٣٣ / ٤) .

(٣) حاشية فتح الجواد (٣٩٧ / ١) .

(٤) حاشية الشيرازي (٤٠٨ / ٣) .

وللإيذاء . (و) يحرم على مَنْ ذُكِرَ أَيْضاً (أَلْبَيْعُ عَلَى بَيْعٍ غَيْرِهِ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ ، وَكَذَا الشَّرَاءُ عَلَى شِرَاءٍ غَيْرِهِ فِيهِ) أَي : فِي زَمَنِ الْخِيَارِ ؛

متفق عليه^(١) ، وهو خبر بمعنى النهي ، وذكر الرجل والأخ للغالب في الأول ، وللعطف والرافعة عليه ، وسرعة الامتثال في الثاني ، فغيرهما مثلهما في ذلك .

قوله : (وللإيذاء) من عطف الحكمة على الدليل .

قوله : (ويحرم على مَنْ ذُكِرَ أَيْضاً) أَي : من علم التحريم .

قوله : (البيع على بيع غيره) أَي : للخبر المتفق عليه : « لا يبيع بعضكم على بيع بعض »^(٢) ، زاد النسائي : « حتى يتناع أو يذر »^(٣) ، والمعنى فيه : الإيذاء ، قال ارافعي : (وشرط ابن كج لتحريم ذلك ألا يفرط غبن المشتري ، فإن أفرط . . فله أن يعرفه ويبيعه على بيعه ؛ لأنه ضرب من النصيحة)^(٤) ، قال النووي : (انفرد بذلك ابن كج ، وهو خلاف ظاهر إطلاق الحديث)^(٥) ، فالمختار : أنه ليس بشرط ؛ أَي : والضرر لا يزال بالضرر ، قال في « التحفة » : (نعم ؛ تعريف المغبون بغبنه لا محذور فيه إن نشأ الغبن عن نحو غش البائع لإثمه حينئذ فلم يبال بإضراره)^(٦) .

قوله : (في زمن الخيار) أَي : خيار المجلس أو خيار الشرط ، قال الأسنوي وغيره : (أو بعد اللزوم ووجد بالمبيع عيب ولم يكن التأخير مضراً) .

قوله : (وكذا الشراء على شراء غيره) أَي : لخبر مسلم : « المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يتناع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر »^(٧) ، والمعنى فيه : الإيذاء ، وذكر المؤمن ليس للتقييد ، بل لأنه أسرع امتثالاً ، وتوجيه ذكر الأخ فيما مر يأتي هنا .

قوله : (فيه ؛ أَي : في زمن الخيار) أَي : خيار المجلس أو الشرط أو خيار العيب ولم يكن التأخير مضراً ؛ نظير ما مر ، ثم محل الحرمة ثم وهنا عند عدم إذن من بلحقه الضرر ، فإن أذن . . جاز ؛ لأن الحق له وقد أسقطه ، ولمفهوم الخبرين ، وبحث الأذرعى : أن موضع الجواز مع الإذن إذا دلت الحال على الرضا باطناً ، أما إذا دلت على أنه غير راض وإنما أذن ضجراً أو حقناً . فلا .

(١) صحيح البخاري (٢٧٢٧) ، صحيح مسلم (٩ / ١٥١٥) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) صحيح البخاري (٢١٣٩) ، صحيح مسلم (١٤١٢) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٣) المجتبى (٢٥٨ / ٧) ، عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٤) الشرح الكبير (١٣١ / ٤) .

(٥) روضة الطالبين (٤١٦ / ٣) .

(٦) تحفة المحتاج (٣١٥ / ٤) .

(٧) صحيح مسلم (١٤١٤) عن سيدنا عقبة بن عامر رضي الله عنه .

بأن يُرَغَّبَ المشتري بالفسخ لبيعه خيراً منه بمثل ثمنه ، أو مثله بأقل ، أو يُرَغَّبَ البائع في الفسخ ليشتره منه بأكثر ، ومن ذلك أن يبيع بحضرة المشتري مثل المبيع بأرخص ، أو يعرض عليه مثله ليشتره ، أو يطلبه منه بزيادة ربح والبائع حاضر

قوله : (بأن يرغب المشتري ...) إلخ ، تصوير للبيع على البيع ، قال في « التحفة » و « النهاية » : (وإن كان مغبوناً والنصيحة الواجبة تحصل بالتعريف من غير بيع)^(١) .

قوله : (بالفسخ) أي : وإن لم يأمره به ، فما وقع لكثير من التعبير بالأمر غير شرط كما نبه عليه السبكي .

قوله : (لبيعه خيراً منه) أي : مما اشتراه .

قوله : (بمثل ثمنه ...) إلخ ، بحث في « الإيعاب » أن ذكرهم المثل والأقل والأكثر هنا ليس للتقييد ، بل للغالب ، وسبقه إلى بعضه الأذرع حيث قال : والظاهر : أنه لا فرق بين أن يطلبها من البائع بزيادة أو بالثمن المتفق عليه .

قوله : (أو مثله بأقل) أي : أو لبيعه مثل ما اشتراه بأقل من ثمنه ، فهو عطف على (خيراً منه ...) إلخ .

قوله : (أو يرغب البائع في الفسخ ...) إلخ ، تصوير للشراء على الشراء ، ففي كلامه لف ونشر مرتب .

قوله : (ليشتره منه بأكثر) شمل ما لو طلب المبيع من البائع بذلك الثمن ، وما لو قال : لو فسخت البيع .. لا شترته بأريد ، وما لو قال : ثم راغب فيه بزيادة . « حواشي الروض »^(٢) .

قوله : (ومن ذلك) أي : من البيع على البيع .

قوله : (أن يبيع بحضرة المشتري مثل المبيع بأرخص) أي : لأنه يؤدي إلى الفسخ أو الندم ، ولذا : قال الماوردي : (يحرم أن يطلب السلعة من المشتري بأكثر والبائع حاضر قبل اللزوم) .

قوله : (أو يعرض عليه) أي : المشتري .

قوله : (مثله ليشتره) أي : بمثل الثمن ، قال في « التحفة » : (ويظهر : أن محل هذا في عرض عين تغني عن المبيع عادة ؛ لمشابتها لها في الغرض المطلوبتين لأجله)^(٣) .

قوله : (أو يطلبه منه بزيادة ربح والبائع حاضر) مثله كما قاله (ع ش) : ما لو أخرج متاعاً من

(١) تحفة المحتاج (٣١٤/٤) . نهاية المحتاج (٤٦٨/٣) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٩/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٣١٣/٤) .

(وَ) يَحْرُمُ (النَّجْشُ بِأَنْ يَزِيدَ فِي الثَّمَنِ لِغَيْرِ رَغْبَةٍ) بَلْ لِيُخْدَعَ غَيْرُهُ إِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ فِي مَالٍ
مَحْجُورٍ عَلَيْهِ ؛

جنس ما يريد شراءه وقلبه على وجه يفهم منه المشتري أن هذا خير مما يريد شراءه^(١) .
قوله : (ويحرم) أي : على من علم التحريم أيضاً على ما قاله جمع ، وقال الأصحاب :
لا يشترط هنا ؛ لأنه خديعة وتحريمها معلوم من العمومات ولا تنافي ، بل الأول فيمن جهل الحرمة
من أصلها ، والثاني فيمن علمها بخصوص أو عموم ، كذا في « الفتح »^(٢) ، وذكر في « الأسنى » :
أن البيهقي [نقل] عن الشافعي أن النجش كغيره من المناهي^(٣) ، وفي « حاشيته » : (وقال الشافعي
رضي الله تعالى عنه في « اختلاف الحديث » : فمن نجش .. فهو عاص بالنجش إن كان عالماً بنهي
رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم)^(٤) .

قوله : (النجش) بفتح النون وسكون الجيم وفتحها ، وهو لغة : تنثير الصيد وإثارته من مكانه
ليصاد ، يقال : نجشت الصيد أنجسته نجشاً ، وشرعاً : ما ذكره ، سمي به ؛ لأنه يثير الرغبات فيها
ويرفع ثمنها .

قوله : (بأن يزيد في الثمن لغير رغبة) أي : في شراء السلعة أو لرغبة فيه ، لكن قصد به إضرار
غيره ، وبحث ابن قاسم أن ذكر الزيادة للغالب ، فلو دفع ثمناً فيها ابتداءً لا لرغبة فيها .. امتنع
أيضاً ، إلا ما يسمى في العرف بفتح الباب من عارف يرغب في فتحه ؛ لأنه لمصلحة بيع السلعة ؛
لأن بيعها في العادة يحتاج فيه إلى ذلك ، فليتأمل^(٥) .

قوله : (بل ليخدع غيره) الأجود : حذفه ؛ لأنه إذا زاد لينفع البائع ولم يقصد أن يخدع غيره ..
كان من صورة النجش ، أفاده في « حاشية الروض »^(٦) .

قوله : (وإن كانت الزيادة في مال محجور عليه) أي : فلا فرق بين كون السلعة لليتيم مثلاً
وكونها لغيره ، ولا بين بلوغها قيمتها وأن لا ؛ لأن الغرض أنه قاصد للخديعة أو نحوها ، قال
السبكي : ومدح السلعة ؛ ليرغب فيها بالكذب كالنجش ، قال (ع شر) : (قضيته : أنه لو كان
صادقاً في الوصف .. لم يكن مثله ، وهو ظاهر ؛ لأن المدح بمجرده لا يحمل المالك على الامتناع

(١) حاشية الشيرازي (٤٦٩ / ٣) .

(٢) فتح الجواد (٣٩٦ / ١) .

(٣) أسنى المطالب (٤٠ / ٢) .

(٤) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٠ / ٢) .

(٥) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣١٥ / ٤) .

(٦) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٠ / ٢) .

لِلنَّهْيِ عَنْهُ وَلِلْإِذَاءِ ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي وَإِنْ غُبِنَ وَإِنْ وَاطَأَ أَلْبَانِعُ النَّاجِشَ عَلَى الزِّيَادَةِ ؛ لِتَفْرِيطِ الْمُشْتَرِي حَيْثُ لَمْ يَتَأَمَّلْ . وَلَمْ يَسْأَلْ . (وَيَحْرُمُ بَيْعُ السَّلْعَةِ لِمَنْ عَلِمَ) أَوْ ظَنَّ (أَنَّهُ يَعْصِي اللَّهَ تَعَالَى بِهَا)

من البيع بما دفع فيها أولاً ، بخلاف الزيادة ؛ لأن المالك إذا علم بها . . يمتنع في العادة من البيع بما دفع له أولاً (فليتاأمل^(١)) .

قوله : (للنهي عنه) أي : عن النجش ، رواه الشيخان وغيرهما^(٢) .

قوله : (وللإيذاء) من عطف الحكمة على العلة .

قوله : (ولا خيار للمشتري وإن غبن) أي : وإن كان مغبوناً ؛ كما لو قال المالك : أعطيت في المبيع كذا فبان خلافه ، وكذا لو أخبره عارف بأن هذا جوهره فبان خلافه ، لكن صورة المسألة كما قاله (ع ش) : أن يقول : بعثك هذا مقتصرأ عليه ، بخلاف ما لو قال : بعثك هذا العقيق فبان خلافه . . فلا يصح العقد ، لأنه حيث سمى جنساً فبان خلافه . . [فسد] ، بخلاف ما لو سمى نوعاً وتبين أنه من غيره ، تدبر^(٣) .

قوله : (وإن واطأ البائع الناجش على الزيادة) أي : فإنه لا خيار للمشتري أيضاً في الأصح ، وقيل : له الخيار حينئذ ، للخديعة كالتصيرية ، وسيأتي الجواب عنه .

قوله : (لتفريط المشتري حيث لم يتأمل ولم يسأل) أي : أهل الخبرة ، هذا تعليل لعدم الخيار له ، قال في « التحفة » : (وفارق التصرية بأنها تغير في ذات المبيع وهذا خارج عنه ، ولا يرد تحمير الوجنة ؛ لأنه يدرك حالاً ، فهو كما هنا) انتهى^(٤) ، ومنه يعلم الجواب عن الوجه القائل بثبوت الخيار عند المواطأة .

قوله : (ويحرم بيع السلعة) بكسر السين ؛ أي : المتاع ، قيل : ويجوز فتحها ، لكن المشهور : أنها بالفتح بمعنى : الشجة ، ولذا قال بعضهم :

وسِلْعَةُ الْمَتَاعِ سِلْعَةُ الْجَسَدِ كُلُّ بِكْسَرِ السَّيْنِ هَكَذَا وَرَدَ

أَمَّا الَّتِي بِالْفَتْحِ فَهِيَ الشَّجَّةُ عِبَارَةٌ « الْمَصْبَاح » فَاسْلُكْ نَهْجَهُ

قوله : (لمن علم أو ظن أنه يعصي الله تعالى بها) أي : بالسلعة ، بخلاف معاملة من بيده حلال

(١) حاشية الشيراملسي (٤٧٠ / ٣) .

(٢) صحيح البخاري (٦٩٦٣) ، صحيح مسلم (١٥١٦) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٣) حاشية الشيراملسي (٤٧٠ / ٣) .

(٤) تحفة المحتاج (٣١٦ / ٤) .

كَبَيْعٍ (نَحْوِ الرُّطَبِ) أَوْ الْعَنْبِ ، أَوِ الزَّيْبِ (لِعَاصِرِ الْخَمْرِ) وَنَحْوِ الْحَشِيشِ ، أَوْ جَوْزَةِ الطَّيِّبِ ، أَوِ الزَّرْعَرَانِ ، أَوْ الْعَنْبِرِ لِمَنْ عَلِمَ أَوْ ظَنَّ أَنَّهُ يَأْكُلُهُ ،

وحرام فإنه مكروه فقط وإن غلب الحرام الحلال ، والفرق بينهما كما في « حاشية الفتح » : أن المبيع هنا هو الذي يقع به المعصية ؛ فحرم البيع حتى لا يكون سبباً لوقوع محرم بالمبيع ، وأما ثم . فالمبيع لم يتحقق وقوع معصية به ؛ لأن الغرض أن كل عين على حدثها لم يتحقق فيها حرمة ، وإنما المحقق الحرمة في أكثر ماله من حيث هو لا بالنظر لكل عين على حدثها ، فإن فرض في عين على حدثها ، أنه ظن فيها أنها مغصوبة مثلاً . لم يبعد أن [يقال] : يحرم على من ظن ذلك شراؤها وإن صح ظاهراً ؛ لأن الحرمة تناط بظان متعاطيها لا غير ، تدبر^(١) .

قوله : (كبيع نحو الرطب أو العنب أو الزبيب) أي : أو التمر أو نحوها من كل ما يتخذ منه المسكر .

قوله : (لعاصر الخمر) أي : أو النبيذ ؛ يعني : لمن يعلم أو يظن أنه عصره خمرأ أو مسكرأ ؛ كما دلَّ عليه ربط الحرمة التي أفادها التمثيل بوصف عصره للخمر ؛ لأنه يشعر بأن علة الحرمة العصر ؛ لقاعدة : إن تعليق الحكم المشتق يدل على أن علته مبدأ الاشتقاق ، فلا يقال : إن كلامه صادق مع عدم العلم بأنه يعصره خمرأ ، بل مع العلم بأنه لا يعصره خمرأ .

نعم ؛ في كلام المصنف إيهام أن المعتصر من الرطب يسمى خمرأ ، والمشهور : اختصاصها بالمعتصر من العنب ، ويمكن الجواب بأنه يسماه مجازاً شائعاً ، فليتأمل

قوله : (ونحو الحشيش...) إلخ ؛ أي : من كل مخدر ؛ أي : سائر للعقل ؛ كالبنج والأفيون .
قوله : (لمن علم أو ظن أنه يأكله) أي : نحو الحشيش ، ومثل ذلك : إطعام مسلم مكلف كافراً مكلفاً في نهار رمضان ، وكذا بيعه طعاماً علم أو ظن أنه يأكله نهاراً كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى ؛ لأن كلاً من ذلك تسبب في المعصية وإعانة عليها ؛ بناء على تكليف الكفار بفروع الشريعة ، وهو الراجح ، والفرق بين ما ذكر وإذنه له في دخول المسجد : أنه يعتقد وجوب الصوم عليه ، ولكنه أخطأ في تعيين محله ولا يعتقد حرمة المسجد ، ولهذا : كان له أن يدخله ويمكث فيه ؛ لأنه صلى الله تعالى عليه وسلم قدم عليه وفد ثقيف فأنزله في المسجد قبل إسلامهم^(٢) ، ولا شك أن فيهم الجنب . انتهى « نهاية »^(٣) .

(١) حاشية فتح الجواد (١/٣٩٨) .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٢٦) عن سيدنا عثمان بن أبي العاصي رضي الله عنه .

(٣) نهاية المحتاج (٣/٤٧١-٤٧٢) .

أَوْ الْأَمْرَدُ لِمَنْ أَشْتَهَرَ - وَلَوْ بِالْإِشَاعَةِ - بِالْفُجُورِ بِهِ أَوْ الْأَمَّةُ لِمَنْ يَحْمِلُهَا عَلَى مُحَرِّمٍ . (وَ) كَبِيعَ (السَّلَاحَ لِقَاطِعِ الطَّرِيقِ) (نَحْوِ الدِّيكِ أَوْ الْكَبْشِ لِمَنْ يَهَارِشُ أَوْ يُنَاطِحُ بِهِ ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ كُلَّهُ إِعَانَةً عَلَى فِعْلِ الْمَعْصِيَةِ)

قوله : (أَوْ الْأَمْرَدُ) أي : بيع العبد الأمرد .

قوله : (لِمَنْ أَشْتَهَرَ وَلَوْ بِالْإِشَاعَةِ بِالْفُجُورِ بِهِ) أي : من لواط وغيره ؛ إذ أصل الفجور : الانبعاث في المعاصي .

قوله : (أَوْ الْأَمَّةُ) أي : أو بيع الأمة .

قوله : (لِمَنْ يَحْمِلُهَا عَلَى مُحَرِّمٍ) أي : كغناء محرم ، وأفتى ابن الصلاح وأقروه فيمن حملت أمتها على فساد بأنها تباع عليها قهراً إذا تعين البيع طريقاً إلى خلاصها كما أفتى القاضي فيمن يكلّف قنه ما لا يطيق بأنه يباع عايه ؛ تخليصاً له من الذل ، ومحلّه : إن لم يمكن تخليصه إلا ببيعه كما يشير إليه كلامه . انتهى « تحفة »^(١) .

قوله : (وَكَبِيعَ السَّلَاحَ لِقَاطِعِ الطَّرِيقِ) أي : أو للباغي ، وكبيع الخشب لمن يتخذ آلة لهو ، وثوب حرير للبس رجل بلا نحو ضرورة ، واستشكل صحة بيع السلاح لقاطع الطريق بما مر من عدمها للحربي ، وأجيب بأن وصف الحرابة المقتضي لتقويتهم علينا به موجود حال البيع ، بخلاف وصف قطعه الطريق فإنه أمر مترقب ولا عبرة بما مضى ، فتأمل .

قوله : (وَنَحْوِ الدِّيكِ أَوْ الْكَبْشِ) أي : وكبيع الحيوان لكافر علم أنه يأكله بلا ذبح شرعي ، والطيب له علم أنه يشتريه لتطيب الصنم .

قوله : (لِمَنْ يَهَارِشُ) أي : يحارّش بالديك ويسلّط بعضها على بعض فهذا راجع لـ (الديك) ، قال في « القاموس » : (التهرّيش : التحريش ، والمهارشة : تحريش بعضها على بعض)^(٢) .

قوله : (أَوْ يُنَاطِحُ بِهِ) أي : بالكبش ، قال في « القاموس » : (نطحه كمنعه : أصابه بقرنه ، وانتطحت الكباش : تناطعت ، والنطيحة : التي ماتت منه)^(٣) .

قوله : (لِأَنَّ فِي ذَلِكَ كُلَّهُ) أي : بيع الرطب لعاصر الخمر وما بعده من الأمثلة .

قوله : (إِعَانَةٌ عَلَى فِعْلِ الْمَعْصِيَةِ) أي : وهو ممنوع منه .

(١) تحفة المحتاج (٣١٧/٤) .

(٢) القاموس المحيط (٤٢٨/٢) ، مادة : (هرش) .

(٣) القاموس المحيط (٥٠١/١) ، مادة : (نطح) .

وَهُوَ كَفْعُهَا ؛ وَمِنْ ثَمَّ : حَرَّمَ عَلَى شَافِعِيٍّ لَعِبَ الشَّطْرَنْجِ مَعَ نَحْوِ حَنْفِيٍّ ؛ لِإِعَانَتِهِ لَهُ عَلَى مَا هُوَ مُحَرَّمٌ فِي أَعْتِقَادِهِ . (وَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ) لِمَا تَقَرَّرَ أَنَّ النَّهْيَ فِي الْكُلِّ إِنَّمَا هُوَ لِأَمْرِ خَارِجٍ ، لَا لِذَاتِ الْبَيْعِ ، بِخِلَافِ نَحْوِ بَيْعِ الْأُمَةِ دُونَ وَلَدِهَا وَعَكْسِهِ ،

قوله : (وهو كفعلها) أي : في الإثم ، قال في « التحفة » : (ودليل ذلك : لعنه صلى الله تعالى عليه وسلم في الخمر عشرة : عاصرها ، ومعتصرها . . الحديث الدال على حرمة كل تسبب في معصية وإعانة عليها)^(١) .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل هذا التعليل (حرم على شافعي لعب الشطرنج مع نحو حنفي) أي : من كل من اعتقد حرمة ، ونظيره : ما لو تباع اثنتان وقت النداء أحدهما تلزمه الجمعة والثاني لا تلزمه . . فإن الصحيح : أنه يحرم عليهما ، قال بعضهم : (مسألنا أخف ؛ فإن تحريم البيع على من تلزمه الجمعة معلوم عندنا وعنده ، وتحريم لعب الشطرنج غير معلوم عندنا ولا عنده ، وإنما الحرام فعله مع اعتقاد حرمة ، وهذا المجموع لم تحصل المعارضة عليه إنما حصلت على معصية) انتهى ، فليتأمل^(٢) .

قوله : (لإعانتها) أي : الشافعي .

قوله : (له على ما هو محرم في اعتقاده) أي : نحو الحنفي ، قال التاج ابن السبكي : (سألت الوالد : أيحرم على الرجل أن يسقي غيره الخمر إذا كان الشارب يظنه غير خمر والساقى يعرف أنه خمر ؟ فقال : نعم ، فقلت : لم مع أن الساقى لم يشرب ولم يعن على معصية ؟ فقال : لأنه حقق المفسدة) انتهى .

قوله : (ويصح البيع في جميع ذلك) أي : المحرمات في هذا الفصل من بيع الحاضر للبادي وما بعده .

قوله : (لما تقرر : أن النهي في الكل إنما هو لأمر خارج لا لذات البيع) أي : ولا للزومه ، والمراد : اللازم المساوي ، فلا يضر اللازم الأعم ؛ كاحتمال الغبن في تلقي الركبان فإنه لازم له ، لكن لازم أعم ؛ لحصوله مع غيره ، تدبر .

قوله : (بخلاف نحو بيع الأمة . .) إلخ ؛ أي : وهو التفريق السابق فإنه باطل كبيع السلاح للحربي ، لا يقال : هو - أي : البائع - في تلك الصور عاجز عن التسليم شرعاً فلم صح البيع ؟ لأننا نمنع ذلك بأن العجز عنه ليس بوصف لازم في المبيع ، بل في البائع خارج عما يتعلق بالبيع

(١) تحفة المحتاج (٣١٧/٤) ، والحديث أخرجه الترمذي (١٢٩٥) عن سيدنا أنس بن مالك رضي الله عنه .

(٢) انظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (٣٤٣/٤) .

وَالْبَيْعُ بِشَرْطٍ يَضُرُّ ، وَنَحْوُ بَيْعِ عَسَبِ الْفَحْلِ - وَهُوَ ضَرَابُهُ - وَالْمَلَاقِيحِ وَالْمُضَامِينِ ؛ وَهِيَ : بَيْعُ مَا فِي الْأَصْلَابِ مِنَ الْمَاءِ ، وَالْأَرْحَامِ مِنَ الْأَجْنَةِ .

وشروطه ، وبه فارق البطلان في التفريق وفي بيع السلاح للحربي ؛ لأن الوصف في ذات المبيع موجود حالة البيع ، ومرة الفرق بين بيع السلاح للحربي وبيعه لقاطع الطريق .

قوله : (والبيع بشرط يضر) أي : كشرط الإقراض فإنه مفسد ، واحتراز بقوله : (يضر) عن الشرط الذي لا يضر ، وقد مر تفصيله فراجع .

قوله : (ونحو بيع عصب الفحل) بفتح فسكون للمهملتين .

قوله : (وهو ضرابه) أي : طروقه للأثني ، وهذا هو الأشهر ، ويقال : ماؤه ، ويقال : أجرة ضرابه ؛ وذلك لما صح من النهي عنه^(١) ، والمعنى فيه : أن ماء الفحل ليس بمتقوم شرعاً ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه ، وكذا لا تصح إجارته ؛ لأن فعل الضراب غير مقدور عليه للمالك ، وفارق الإيجار لتلقيح النخل بأن المستأجر عليه هو فعل الأجير الذي هو قادر عليه ، ويجوز الإهداء لصاحب الفحل ، وتسني إعارته للضراب حيث لم تتعين ، وإلا . . . وجبت مجاناً كما قاله (ع ش) وكان الامتناع منها كبيرة حيث لا ضرر عليه^(٢) .

قوله : (والملاقيح) أي : بيعها ؛ جمع ملقوح ، وهو لغة : جنين الناقة خاصة ، وشرعاً : أعم من ذلك كما يؤخذ من قوله الآتي .

قوله : (والمضامين) أي : بيعها ؛ جمع مضمون كمجانين جمع مجنون ، أو مضمنان كمفاتيح جمع مفتاح ؛ أي : متضمن ، ومنه قولهم : مضمون الكتاب كذا وكذا .

قوله : (وهي بيع ما في الأصلاب من الماء) هذا راجع لـ (المضامين) .

قوله : (والأرحام من الأجنة) أي : وبيع ما في أرحام الأمهات من الأجنة ، وهذا راجع لـ (الملاقيح) ففي كلامه لف ونشر مشوش ؛ وذلك للنهي عنهما رواه مالك عن سعيد بن المسيب مراسلاً^(٣) ، والبزار مسنداً ، وانعقد الإجماع عليه ؛ لفقد شروط البيع .

فَكَانَ

البيع يعتريه الأحكام الخمسة :

فالواجب ؛ كبيع الولي مال اليتيم إذا تعين بيعه .

(١) أخرجه البخاري (٢٢٨٤) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٢) حاشية الشيرازي (٤٤١/٣) .

(٣) الموطأ (٦٥٤/٢) .

(فَصْلٌ)

في تفريق الصَّفقة

وهو إمّا في الْإِبْتِدَاءِ ، أو في الدَّوامِ ، أو في الْأَحْكَامِ

وأما الحرام . . فغالب ما ذكر في هذا الفصل .

وأما المندوب . . فكالبيع بالمحابة ، وبيع الطعام زمن الغلاء ، ونحوه .

وأما المكروه . . فكبيع دور مكة ، والبيع ممن أكثر ماله حرام أو فيه حرام ، حيث لم يتحقق أن المأخوذ حرام ، وإلا . . حرم ، وكبيع العينة ؛ وهو أن يبيعه عيناً بثمن كثير مؤجل ويسلمها له ثم يشتريها منه بنقد يسير ليبقى الكثير في ذمته .

وأما المباح . . فغالب البيوع ، قال في « التحفة » : (ولا ينافي جوازه عده من فروض الكفايات ؛ لأن فرض الكفاية جائز الترك بالنسبة للأفراد)^(١) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل في تفريق الصَّفقة) أي : وتعددّها ، أي : في بيان ما يقتضي تفريقها وما يقتضي تعددّها ، ومعنى التفريق : اختلافها صحة بالنسبة لشيء وفساداً بالنسبة لآخر ابتداءً أو دواماً ، والتفريق في اختلاف الأحكام معناه : أن يعطى كل عقد من المختلفين حكماً يخصه ولا يوجد في الآخر . انتهى جمل عن شيخه^(٢) .

قوله : (وهو) أي : تفريق الصَّفقة ، قال البرماوي : (وكذا تعددّها ؛ لأنه [إما] بتفصيل الثمن ، أو بتعدد البائع ، أو بتعدد المشتري)^(٣) .

قوله : (إما في الابتداء) ضابطه : أن يجمع بين عينين يصح البيع في إحداهما دون الأخرى .

قوله : (أو في الدوام) ضابطه : أن يجمع بين عينين تفرد كل منهما بالعقد وتتلّف إحداهما قبل القبض .

قوله : (أو في الأحكام) أي : اختلافها ، وضابطه : أن يجمع بين عقدين لازمين أو جائزين مختلفي الحكم ، وسيذكر المصنف هذه الثلاثة على هذا الترتيب ، وعترض إدخال الثالث في تفريق الصَّفقة بأنه إما صحيح فيهما أو باطل فيهما ، وأجيب بأن المراد بالتريق : الأعم من أن يكون

(١) تحفة المحتاج (٣٢٣/٤) .

(٢) فتوحات الوهاب (٩٤/٣) .

(٣) انظر « فتوحات الوهاب » (٩٤/٣) .

(إِذَا جَمَعَ بَيْنَ مَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَمَا لَا يَصِحُّ) كَخَلٍّ وَخَمْرٍ ، أَوْ حُرٍّ وَقَيْنٍ (. . صَحَّ) أَلْبَيْعُ (فِيمَا يَصِحُّ) وَهُوَ الْخَلُّ وَالْقَيْنُ فِي هَذَا الْمَثَالِ إِعْطَاءٌ لِكُلِّ مِنْهُمَا

أحدهما صحيحاً والآخر باطلاً ، أو اختلاف العقدين من جهة اشتمال كل منهما على ما لا يشتمل عليه الآخر من الأحكام ، نأمل .

قوله : (إذا جمع . . .) إلخ ، هذا شروع في القسم الأول ؛ وهو التفريق في الابتداء .
قوله : (بين ما يصح بيعه وما لا يصح) أي : كأن باع في صفقة واحدة حلاً وحُرماً ، ولو حذف لفظة (بيعه) لكان أعم ؛ لأن تفريق الصفقة يجري في الرهن والإجارة والنكاح وغيرها ، فإذا رهن ما يصح وما لا يصح . صح فيما يصح ويبطل فيما لا يصح ، وكذا يقال في البقية .
قوله : (كخل وخمر أو حر وقن) أي : أو عبده وعبد غيره بغير إذنه ، أو عبد مشترك بغير إذن الشريك .

قوله : (صح البيع فيما يصح) أي : وبطل في الآخر ، هذا هو الذي رجحه الشيخان من قولي الشافعي رضي الله تعالى عنه^(١) ، والقول الآخر : إنه باطل فيهما ؛ للجمع بين حلال وحرام ، وقد قال ابن عباس : (ما اجتمع حلال وحرام إلا وغلب الحرام الحلال)^(٢) ، ولجهالة العوض الذي يقابل الحلال .

واعترض ما رجحناه بأنه خلاف مذهب الشافعي ؛ لأنه إذا كان للمجتهد في المسألة قولان وعلم المتأخر منهما كان الأول مرجوحاً عنه ، فيكون مذهبه هو الثاني ، وقد رجح الشافعي عن القول بالصحة كما ذكره الربيع راوي « الأم » بقوله : إن البطلان هو آخر قوله ، قال ابن المنذر : إنه مذهب الشافعي ، قال الأزرعي : (إذا كان راوي المذهب قد شهد بذلك . . . ففي النفس حزاة من ترجيح الصحة مع ذلك) . وأجيب بأن قول الربيع المذكور يحتمل أن يكون آخرهما في الذكر لا في الفتوى ، وإنما يكون المتأخر مذهب الشافعي إذا أفتى به ، أما إذا ذكره في مقام الاستنباط والترجيح ولم يصرح بالرجوع عن الأول . . . فلا ، مع أن هذه اللفظة وهي آخر قوله يحتمل أنها كانت أحد قولييه بالحاء المهملة والذال فتصحفت على الناقل فقرأه بالخاء المعجمة والراء ، فليتأمل^(٣) .

قوله : (وهو الخل واقتن في هذا المثال) أي : وعبده ونصيبه في مثالي السابق .

قوله : (إعطاء لكل منهما) أي : ما يصح وما لا يصح .

(١) الشرح الكبير (١٣٩/٤) ، روضة الطالبين (٤٢٣/٣) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في « مسنده » (١٢٧٧٢) .

(٣) مغني المحتاج (٥٤/٢) .

حَكْمُهُ ، كَمَا لو شَهِدَ عدْلٌ وفَاسِقٌ (بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ) لو وُزَّعَ عَلَيْهِمَا (بِأَعْتَابِ قِيَمَتِهِمَا) بفرضِ
الْخمرِ خَلاً ، وَالْحَرْقَناً . وَيُشْتَرَطُ

قوله : (حكمه) أي : فأعطينا حكم الصحة في الخل والقن ؛ لصحة بيعهما ، وأعطينا حكم
البطلان في الخمر والحر ؛ لعدم صحة بيعهما ؛ ولأن الصفقة اشتملت على صحيح وفساد ،
فالعدل : التصحيح في الصحيح وقصر الفساد على الفاسد سواء قال : بعثك هذين ، أم هذين
الخلين ، أم القنين ، أم الخل والخمر ، أو القن والحر ، بخلاف عكسه ؛ لما سيأتي ، وإنما بطل
في الكل فيما إذا فاضل في الربوي ؛ كمدُّ بر بمدين منه ، أو زاد في خيار الشرط على ثلاثة كما يأتي
فيه أو في (العرايا) على القدر الجائر ؛ لوقوعه في العقد المنهي عنه ، وهو لا يمكن التبعض فيه ،
وإنما بطل في الزائد فقط في الزيادة في عقد الهدنة على أربعة أشهر أو عشر سنين ؛ تغليبا لحقن
الدماء المحتاج إليه ، أفاده في « التحفة »^(١) .

قوله : (كما لو شهد عدل وفاسق) أي : فإن شهادة العدل مقبولة وشهادة الفاسق مردودة ؛
فيأتي بعدل آخر ، أو يحلف فيما يقبل فيه شاهد ويمين .

قوله : (بقسطه من الثمن) أي : إن أجاز المشتري البيع أو كان عالماً بما لا يصح عند العقد ؛
لما سيأتي : أنه يجوز له الخيار إن جهل .

قوله : (لو وزع عليهما) أي : على ما يصح وما لا يصح .

قوله : (باعتبار قيمتهما) أي : إن كان لهما قيمة أو لم تكن لأحدهما ؛ كالخمر والحر بعد
التقدير الآتي ؛ وذلك لإيقاعهما الثمن في مقابلتهما معاً فلم يجب في أحدهما إلا قسطه ، فلو ساوى
قيمة الخل مئة والخمر مئتين . فالحصة ثلث الثمن ، ومحله : إن كان الحرام مقصوداً ، وإلا ؛
كالدّم . . صح في الآخر بكل الثمن على المعتمد .

قوله : (بفرض الخمر خلاً والحر قناً) أي : فيعتبر قيمة الحرام بالشبه ، وهذا هو المعتمد ،
واعترض بما في نكاح المشرك من تقويمه عند من يرى له قيمة ، وأجيب بظهور الفرق ؛ فإن
العاقدين ثم حالة العقد كانا يريان له قيمة فعوملا باعتقادهما بخلافه هنا ، مقتضاه : أن العاقدين هنا
لو كانا ذميين . . قوّم عند من يرى له قيمة ، وهو محتمل ، ويحتمل أن يقال : إن البيع يحتاط له
لكونه يفسد بفساد العوض أكثر مما يحتاط للصدّاق ؛ إذ لا يفسد بفساده ، فليتأمل .

قوله : (ويشترط) أي : كما نبه عليه الزركشي وأفهمه كلام الشيخ أبي حامد واعتمده الشارح

تَقْدُمُ مَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، وَعِلْمُ غَيْرِهِ ، وَكَوْنُهُ مَقْصُوداً . (وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إِنْ جَهِلَ) لتفريق الصَّفَقَةِ عليه

في كتبه كشيخه ، وخالفه الرملي تبعاً لوالده ، وكذلك الخطيب^(١) .

قوله : (تقدم ما يصح بيعه) أي : كما مر في التصوير ، أما إذا قدم غير الحل ؛ كبعتك الحر والخن . . فيبطل فيهما على الأوجه ؛ لأن العطف على الباطل باطل ؛ كما في : نساء العالمين طوالق وأنت يا زوجتي .

فإن قلت : وقع في تمثيل غير واحد الصحة في القن بتقديم الحر . . قلت : هذا المراد به التمثيل لا غير ، فإن قلت : صرح السبكي في (بعتك هذا ثم هذا) بأنه لا ترتيب بينهما ؛ لوقوع القبول فيهما معاً ، وبه يعلم : أن المدار على القبول ، وأن ما هنا ليس كالطلاق ؛ إذ لا قبول فيه . . قلت : القبول إنما اعتبر حيث صح الإيجاب ، والإيجاب هنا باطل ؛ لأن قوله : (بعتك الحر) وقع باطلاً شرعاً ، فصار قوله : (والعبد) باطلاً أيضاً ؛ لأنه لم يبق له عامل حينئذ فوق القبول باطلاً أيضاً ، وبهذا يتضح القياس على الطلاق من حيث إن كلاً تقدمه لفظ باطل شرعاً فصار ما بعده باطلاً أيضاً ؛ لعدم عامل يقويه ويجعله مفيداً شرعاً ، فتأمل . انتهى « فتح الجواد »^(٢) .

قوله : (وعلم غيره) أي : ويشترط أن يعلم ما لا يصح بيعه كالذي يصح ؛ وذلك ليتأتى التوزيع السابق ، فإن جهل أحدهما ؛ كأن يقول : بعتك عبدي وعبداً آخر . . بطل فيهما ؛ كما في بيع الأرض مع بذرها .

قوله : (وكونه مقصوداً) أي : ويشترط كون ما لا يصح بيعه مقصوداً ، وعبرة « الأسنى » : (ومحل التقسيط إذا كان الحرام مقصوداً ، فإن لم يكن مقصوداً ؛ كالدلم . . فيظهر : أن الصحة بكل الثمن كما يقتضيه كلامهم في النكاح والخلع) انتهى^(٣) ، وبه تعلم : أن هذا شرط للتقسيط لا لأصل الصحة .

قوله : (وللمشتري الخيار) أي : بين الفسخ والإجازة ، ويكون فوراً ؛ لكونه خيار نقص .
قوله : (إن جهل) أي : المشتري الحال ، فإن كان عالماً . . فلا خيار له ؛ لتقصيره ، ويصدق في دعواه الجهل ؛ لأنه لا يعرف إلا منه ، ولأن الأصل : عدم الإقدام على ما فيه الفساد .
قوله : (لتفريق الصنفقة عليه) أي : فلو لم نجوز له الخيار . . لتضرره .

(١) تحفة المحتاج (٣٢٥/٤) ، أسنى المطالب (٤٣/٢) ، نهاية المحتاج (٤٧٩/٣) ، مغني المحتاج (٥٦/٢) .

(٢) فتح الجواد (٣٩٨/١) .

(٣) أسنى المطالب (٤٢/٢) .

مَعَ عَذْرِهِ بِخِلَافِ أَلْبَائِعِ . (وَلَوْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ) فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ ؛ كَسَقُوطِ يَدِهِ ، أَوْ عَمَاهُ ، وَأَضْطِرَابِ سَقْفِهِ . . لَمْ يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ ، بَلْ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَأَنْ يَرْضَى بِالْمَبِيعِ بِكُلِّ الثَّمَنِ أَوْ يَنْفَسَخَ . وَإِنْ أَفْرَدَ ؛ كَأَحَدِ عَبْدَيْنِ مَاتَ - وَقَدْ اشْتَرَاهُمَا صَفْقَةً - وَكَتَلَفَ سَقْفَ الدَّارِ . . .

قوله : (مع عذره) أي بجهله ؛ فهو كعيب ظهر .

قوله : (بخلاف البائع) أي : فلا خيار له وإن لم تجب له إلا الحصة ؛ لتعديه حيث باع ما لا يملكه وطمع في ثمنه ، كذا في « شرح المنهج »^(١) ، وقوله : (وإن لم تجب . . .) إلخ ، قيل : إنها ليست للغاية ، بل الواو لمحال ، ورد بأنه قد تجب له الحصة فقط ؛ بأن كان الحرام مقصوداً ، وقد يجب له جميع الثمن ؛ بأن كان الحرام غير مقصود ، فالغاية صحيحة ولا حاجة لجعل الواو حالية ، وتعليقه بالتعدي يقتضي جواز الخيار عند الجهل بذلك ، وظاهر إطلاقهم : عدمه ، ويوجه بأن عذره بالجهل نادر .

قوله : (ولو تلف بعض المبيع . . .) إلخ ، هذا شروع في القسم الثاني ؛ وهو التفريق في الدوام .

قوله : (فإن لم يمكن إفراذه بالعقد) أي : بالأا يقبل الأفراد به ؛ أي : إيراد العقد عليه .

قوله : (كسقوط يده أو عماء) أي : المبيع القن وغيره .

قوله : (واضطراب سقف) أي : المبيع الدار مثلاً .

قوله : (لم ينفسخ العقد) أي : لبقاء عين المبيع ، وأما فوات اليد والإبصار وثبات السقف . . فلكونه لا تفرد بالعقد [ففواتها] لا يوجب الانفساخ .

قوله : (بل يتخير المشتري) أي : فوراً كما هو ظاهر .

قوله : (بأن يرضى بالمبيع بكل الثمن أو يفسخ) أي : ويسترد الثمن ، بخلاف ما سيأتي ، فإن تلف بعض ما يقبل الأفراد بالعقد وإن أوجب الانفساخ فيه . . لا يوجب الإجازة بكل الثمن .

قوله : (وإن أفرد) أي : بأن يقبل إيراد العقد عليه وحده .

قوله : (كأحد عبيدين مات) تمثيل لما أفرد بالعقد .

قوله : (وقد اشتراهما صفقة) أي : في عقد واحد .

قوله : (وكتلف سقف الدار) أي : المعينة ، وفي معناه كما نقل عن الدارمي وجزم به في « التحفة » وغيرها : تخمر بعض العصير قبل القبض ولم يتخلل^(٢) ، أما إذا تخلل . . فلا انفساخ

(١) فتح الوهاب (١٦٧/١) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٢٨/٤) .

(أَنْفَسَخَ الْبَيْعُ فِي التَّالِفِ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ) توزيعاً عليهما بحسب قيمتهما ، فيستقرّ عليه حصة بقسطه منه (وَيَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي) في الباقي بين الفسخ والإجارة بقسطه ؛ لذلك ،

ويثبت الخيار للمشتري كما قاله (ع ش) ^(١) ، وانهدام مستأجر أثناء المدة ، وافتراق العاقلين قبل قبض البعض في الربوي واسلم ^(٢) .

قوله : (انفسخ البيع في التالف أي : وتستمر صحته في الباقي وإن لم يقبضه ، وإنما لم تضر الجهالة بالثمن ؛ لأنها طارئة فهو كسقوط بعضه لأرش العيب .
قوله : (بقسطه من الثمن) أي : المسمى .

قوله : (توزيعاً عليهم بحسب قيمتهما) أي : التالف والباقي .
قوله : (فيستقر عليه - حصّة بقسطه منه) يعني : يستقر على المشتري حصة الباقي من الثمن ، وبه تعلم : أن هذا مفرع على محذوف دل عليه قول المتن : (انفسخ البيع في التالف) ، قال في « النهاية » : (وظاهر كلامهم : اعتبار المثلي في هذا الفصل متقوماً حتى تعرف نسبة ما يخصه من الثمن ، وهو غير بعيد ، لأن الأرجح كما جزم به ابن المقري : توزيع الثمن في المثلي ؛ أي : المتفق القيمة ، وفي العين المشترية على الأجزاء ، وفي المتقومات على الرؤوس باعتبار القيمة) ^(٣) .
قوله : (ويتخير المشتري في الباقي) أي : فوراً كما مر .

قوله : (بين الفسخ) أي : للعقد .
قوله : (والإجارة بقسطه) أي : الباقي من الثمن باعتبار قيمتهما ؛ لأن الثمن قد توزع عليهما في الابتداء وانقسم عليهما فلا يتغير بهلاك أحدهما . « مغني » ^(٤) .

قوله : (لذلك) أي : لتفريق الصفقة عليه ، وقضية كلامه : أنه لا خيار للبائع ، وهو كذلك كما نقلوه عن « المجموع » قيل : وهو مشكل ؛ لأن علة المنع فيما تقدم التفريط وهو مفقود هنا ، وأجيب بأن الثمن غير منثور إليه أصالة فاغتفر تفريقه دواماً ؛ لأنه يغتفر فيه ما لا يغتفر الابتداء ، بخلاف المثلث فإنه المقصود بالعقد فآثر تفريقه دواماً أيضاً ، والمراد بالأصالة في ذلك ما هو الغالب : أن الثمن نقد والمثلث عرض ، والمقصود غالباً تحصيل العروض بالثمن للارتفاع بذواتها ؛ كلبس الثياب وأكل الطعام ، بخلاف النقد لا يقصد لذاته ، بل لقضاء الحوائج به وإن كان قد يقصد

(١) حاشية الشيرازي (٤/٣/٣) .

(٢) في الأصل : (وافتراق العاقلين قبله في الربوي والسلم) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) نهاية المحتاج (٤٨٢/٣) .

(٤) مغني المحتاج (٥٦/٢) .

وهذا تفريقها في الدوام . (و) أما تفريقها في الأحكام . . فهو كما (لو جمع بين مختلفي الحكم) بالنسبة لما يرجع إلى نحو أسباب الفسخ والانسفاخ إن اتفقا لزوماً وجوازاً (كبيع وإجارة) أو بيع وسلم ، أو بيع ونكاح

له لعارض ؛ كاتخاذها حلياً مثلاً ، فلي تأمل .

قوله : (وهذا) أي : ما ذكره المصنف بقوله : (ولو تلف بعض المبيع . . .) إلخ .

قوله : (تفريقها في الدوام) أي : تفريق الصفقة في الدوام ، ومر : أن ضابطه : أن يجمع بين عينين تفرد كل منهما بالعقد وتلف إحدهما قبل القبض .

قوله : (وأما تفريقها) أي : الصفقة .

قوله : (في الأحكام) أي : اختلافها .

قوله : (فهو كما لو جمع) أي : العاقد أو العقد في صفقة ؛ كما يدل على كل منهما السياق ، والأول أولى .

قوله : (بين مختلفي الحكم) أي : عقدين مختلفي الحكم بقرينة التمثيل الآتي ، فإن قيل : يرد على التقييد بالعقدين ما لو باع عبيدين بشرط الخيار في أحدهما بعينه أو أكثر من الآخر . . أجب بأنه وإن كان من صور تفريق الصفقة في الحكم مع كونه عقداً واحداً إلا أن الاختلاف هنا في الأثر التابع دون المقصود الذي الكلام فيه ، تأمل .

قوله : (بالنسبة لما يرجع إلى نحو أسباب الفسخ والانسفاخ) أي : وشروط الانعقاد ، فليس المراد بـ (اختلاف الأحكام) : مطلق اختلافها فقط ؛ وذلك ليتناول ما مثلوا به اختلاف الأحكام كما سيأتي إيضاحه .

قوله : (إن اتفقا لزوماً وجوازاً) أي : فشرط صحة المختلفين : أن يتفقا لزوماً وجوازاً ، وسيأتي محترز هذا القيد .

قوله : (كبيع وإجارة) أي : كبعثك عبيدي وأجرتك داري سنة بألف ، ووجه اختلافهما : اشتراط التأقيت في الإجارة وبطلان البيع به وانفساخها بالتلف بعد القبض دونه .

قوله : (أو بيع وسلم) أي : كبعثك هذا ، واستلف مني كذا نبي ذمتي بدينار ، ووجه اختلافهما : اشتراط قبض العوض في المجلس في السلم دون البيع .

قوله : (أو بيع ونكاح) لا خلاف في صحة النكاح هنا كما صرحوا به ؛ لأنه لا يتأثر بفساد العوض ، بل ولا بأكثر الشروط الفاسدة ، وإنما الخلاف هنا في البيع والصداق ، والمعتمد : الصحة ؛ فيوزع المسمى على قيمة المبيع ومهر المثل .

وَالْعَوْضُ وَاحِدٌ ؛ كزَوْجَتِكَ أَمَتِي وَبِعْتِكَ عَبْدِي بِأَلْفٍ ، أَوْ بَيْنَ مَتَفَقَيِ الْحَكَمِ ؛ كَشِرْكَةٍ وَقِرَاضٍ (..
صَحَّ) كُلُّ مِنْهُمَا ؛ إِذْ لَا مَانَعَ (وَيُوزَعُ الْمُسَمَّى عَلَى قِيمَتَيْهِمَا)

قوله : (والعوض واحد) يعني : أن مستحق العوض واحد كما في غير هذا الكتاب ، قال في
« النهاية » : (أما لو كان المستحق مختلفاً ؛ كزَوْجَتِكَ ابْنَتِي وَبِعْتِكَ عَبْدِي بِكَذَا .. فلا يصح كل من
البيع والصدّاق ، ويصح النكاح بمهر المثل)^(١) .

قوله : (كزَوْجَتِكَ أَمَتِي ...) إلخ ؛ أي : إذا كان ممن تحل له الأمة . « حاشية الروض »^(٢) .
قوله : (وبعتك عبدي بألف) أي : أو زَوْجَتِكَ بِنْتِي وَبِعْتِكَ عَبْدَهَا بِأَلْفٍ وَهِيَ تَحْتَ حَجَرِهِ أَوْ
رَشِيدَةٍ وَوَكَلْتَهُ فِي بَيْعِ عَبْدَهَا . « أَسْنَى »^(٣) .

قوله : (أَوْ بَيْنَ مَتَفَقَيِ الْحَكَمِ) عطف على قول المتن : (بَيْنَ مُخْتَلَفِي الْحَكَمِ) ، وفيه إشارة
إلى أن اختلاف الحكم ليس بقيد ، ولذا حذفه في « المنهج » .

نعم ؛ هو قيد لمحل الخلاف كما صرحوا به ، فعند اتفاقهما يصح جزماً .
قوله : (كَشِرْكَةٍ وَقِرَاضٍ) أي : فلو خلط ألفين له بألف لغيره وقال : شاركتك على أحدهما
وقارضتك على الآخر وقبل .. صح اتفاقاً ؛ لرجوعها إلى الإذن في التصرف ، ولأن الجائزين يسامح
فيهما ما لا يسامح في اللازمين .

قوله : (صح كل منهما) أي : من العقدين المذكورين ؛ جواب (ولو جمع ...) إلخ .
قوله : (إِذْ لَا مَانَعَ) أي : من صحتهما ، ولأن كلاً منهما يصح منفرداً فلا يضر الجمع بينهما ،
قالا في « التحفة » و « النهاية » : (ولا أثر لما قد يعرض ؛ لاختلاف حكمهما باختلاف أسباب
الفسخ والانفساخ المحوجين إلى التوزيع المستلزم للجهل عند العقد بما يخص كلاً من العوض ؛
لأنه غير ضار ؛ كبيع ثوب وشقص صفقة وإن اختلفا في الشفعة) تأمل^(٤) .
قوله : (وَيُوزَعُ الْمُسَمَّى) أي : في غير مسألة الشركة والقراض ، أما فيهما .. فيوزع الربح
عليهما بالمقدار .

قوله : (عَلَى قِيمَتَيْهِمَا) أي : قيمة المبيع والمسلم فيه وقيمة المؤجر من حيث الأجرة ، وإطلاق
القيمة على الأجرة صحيح ؛ لأنها في الحقيقة قيمة المنفعة .

(١) نهاية المحتاج (٤٨٦/٣) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٥/٢) .

(٣) أسنى المطالب (٤٥/٢) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٢٩/٤) ، نهاية المحتاج (٤٨٤/٣) .

ليرجع بما يخص كلاً عند الانفساخ ، بخلاف لازم وجائز كييع وجعالة ؛ لتعذر الجمع بينهما .
(وَتَعَدُّ الصَّفَقَةُ) سُمِّيَ الْعَقْدُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ كَانَ أَحَدُهُمْ يَصْفُقُ بِيَدِهِ يَدَ صَاحِبِهِ عِنْدَ الشَّرَاءِ .

قوله : (ليرجع بما يخص كلاً عند الانفساخ) أي : كأن تلفت العين المؤجرة أو تعيت واستمر ما معها صحيحاً ، أو تلف المبيع قبل قبضه ، أو انقطع المسلم فيه عند حلول أجل وبقيت الإجارة على الصحة . . فيحتاج إلى التوزيع حيثئذ ، فإذا كانت قيمة المبيع عشرة وأجرة العين المؤجرة تلك المدة خمسة ، والمسمى اثنتي عشرة . . فحصة المبيع منه ثمانية ، والعين المؤجرة أربعة ، وهكذا في الباقي .

قوله : (بخلاف لازم وجائز) هذا محترز قوله السابق : (إن اتفقا لزوماً وجوازاً) .
قوله : (كييع وجعالة) أي : فإن الجمع بينهما لا يصح ، والمراد بالبيع هنا على ما قيل : الذي يشترط فيه قبض العوضين في المجلس كالربوي ، وكذا السلم ، قيل : صورته : أن يقول : اشتريت منك إردب بئر مثلاً في ذمتك سلماً إلى شهر كذا وجاعلتك على رد عيدي بأف ، فليتأمل .

قوله : (لتعذر الجمع بينهما) أي : اللازم والجائز ؛ إذ الجمع بين جعالة لا تلزم ويبيع في صفقة واحدة غير ممكن ، لما فيه من تناقض الأحكام ؛ لأن العوض في الجعالة لا يلزم تسليمه إلا بفراغ العمل ، ومن جهة الصرف يجب تسليمه في المجلس ليتوصل إلى قبض ما يخص الصرف منها ، وتنافي اللوازم يقتضي تنافي الملزومات كما علم ، ويقاس بذلك ما إذا جمع بين إجارة ذمة أو سلم وجعالة ، بخلاف الجمع بين البيع والجعالة فإنه لا يشترط القبض في المجلس ، كذا أفاده بعض المتأخرين . انتهى « نهاية » ، فليتأمل ^(١) .

قوله : (وتعدد الصفقة) أي : العقد ، لما كان الخلاف في تفريق الصفقة لا يتأتى عند تعدد العقد . . بيّنه بما قد يتوهم معه الاتحاد فقال : (وتعدد . .) إلخ .

قوله : (سمي العقد بذلك) أي : بالصفقة بفتح الصاد وسكون الفاء .
قوله : (لأن العرب كان أحدهم . .) إلخ ، في « القاموس » : (الصَّفَقُ : الضرب يسمع له صوت ، والصرف والرد ، وصفق له بالبيع يصفقه وصفق يده بالبيعة وعلى يده صفقاً وصفقة : ضرب يده على يده ؛ وذلك عند وجوب البيع ، والاسم : الصَّفَقُ والصَّفِيقُ كَرِمَجَى ، وصفقة رابحة أو خاسرة بيعاً . .) إلخ ملخصاً ^(٢) .

(١) نهاية المحتاج (٣/ ٤٨٥) .

(٢) القاموس المحيط (٣/ ٣٦٩) ، مادة : (صفق) .

(بِتَعْدُدِ الْبَائِعِ وَتَعْدُدِ الْمُشْتَرِي) فلو قال ثلاثة ملكوا عبداً لثلاثة : بعناكم إياه بكذا ، فقبلوا . . . كان العقد في حكم تسعة عقود ، فلكل من المشتريين الثلاثة رد تسع المبيع المبيع على كل من البائعين الثلاثة . (وَبِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ ؛ كِبَعْتُكَ ذَا بَكْذَا ، وَذَا بَكْذَا)

قوله : (بتعدد البائع) أي : كبعتك عبداً هذا بألف ؛ فيعطى حصة كل حكمها .
نعم ؛ لو قبل المشتري نصيب أحدهما بنصف الثمن . . لم يصح ؛ لأن اللفظ يقتضي جوابهما جميعاً ، وبه فارق ما قدمته أول (البيع) في : بعتك هذا بألف وهذه بمئة .
قوله : (وتعدد المشتري) أي : كبعتكما هذا بكذا ، وكاشترينا منك هذا بكذا ، وإنما [اقتصراً] على البائع والمشتري ؛ لأن الكلام فيهما ؛ وإلا . . فهي تتعدد بتعدد العاقد مطلقاً ، ولذا قال في «البهجة» :

والعقد عدده بأن عُدَّ مَنْ قد عقد العقد وتفصيل الثمن
ممثلاً ببيع هـذي الدار بدرهم وتلك بالدينار^(١)
وعبر في «المنهج» بالعاقد ، وقال في «شرحه» : (إنه أعم من تعبير الأصل بالبائع والمشتري)^(٢) .

قوله : (فلو قال ثلاثة ملكوا عبداً . .) إلخ ، تفريع على كل من تعدد البائع والمشتري معاً .
قوله : (كان العقد في حكم تسعة عقود) أي : من ضرب ثلاثة في ثلاثة ، ولو باع اثنان من اثنين . . كان العقد أربعة .

قوله : (فلكل من المشتريين . .) إلخ ، هذا من فوائد تعدد الصفقة بذلك .
قوله : (وبتفصيل الثمن) أي : وتتعدد الصفقة أيضاً بتفصيل الثمن من المبتدئ بالعقد بائعاً كان أو مشترياً ؛ لترتب كلام الآخر عليه ، قال في «حاشية الروض» : (شرط التفصيل ألا يتقدمه إجمال يخالفه ، فلو قال : بعتك هذا العبد بألف نصفه بست مئة . . لم يصح ؛ لأن ابتداء الكلام يقتضي توزيع الثمن على المثلث بالسوية وآخره يناقضه) تدبر^(٣) .

قوله : (كبعتك ذا بكذا وذا بكذا) أي : وكما لو قال : بعتك هذين العبدین بألف كل واحد منهما بخمس مئة ، وعلم من هذا التمثيل : أن الصفقة لا تتعدد بتعدد المثلث فقط ، كما إذا قال : بعتك هذا العبد وهذا الشرب بدينار ، ولا بتعدد الثمن فقط ؛ كما إذا قال : بعتك هذا العبد بدرهم

(١) بهجة الحاوي (ص ٧٩) .

(٢) فتح الوهاب (١٦٨/١) .

(٣) حواشي الرمي على شرح الروض (٤٦/٢) .

فيقول المشتري : قبلتهما . . فله ردُّ أحدهما فقط . (وَالْإِعْتِبَارُ بِالْعَاقِدِ) لا بموكله ؛ لأنَّ أحكام العقد

وبدينار وبثوب ، وإنما تعدد بتعددتهما معاً .

قوله : (فيقول المشتري : قبلتهما) أي : أو قبلت ذا بكذا وذا بكذا كما علم بالأولى ؛ لأن القبول يترتب على الإيجاب ، فإذا وقع مفصلاً . . وقع القبول كذلك ، قال بعضهم : (والحاصل : أن التعدد إنما يكون إذا فصل البادئ من البائع أو المشتري دون القابل ، فإذا فصل الموجب وأجمل القابل . . كان العقد متعدداً ؛ حملاً للإجمال على التفصيل ، ولو أجمل الموجب وفصل القابل . . لا يتعدد العقد ؛ حملاً للتفصيل على الإجمال ، لكن نقل عن « الإيعاب » أن التفصيل : إن كان منهما . . تعددت قطعاً ، أو من الموجب أو القابل . . فكذلك على الأصح (فليحرر^(١)) .

قوله : (فله) أي : للمشتري .

قوله : (رد أحدهما فقط) أي : دون الآخر بالعيب ، قال في « النهاية » : (والعدد الكثير في تعدد الصفقة بحسبه كالقليل ، وما قيد به في « الخادم » من عدم طول الفصل فإن طال صح فيما لم يطل بالنسبة إليه . . رد بأن المتجه : إطلاقهم ، ولا يضر الطول ؛ لأنه فصل [بما يتعلق] بالعقد وهو ذكر المعقود عليه^(٢) ، قال (ع ش) : (فلا يضره ذلك وإن أمكن الاستغناء عنه ؛ كأن قال : بعثك هذه الدار بما فيها من الرفوف والسلالم والإجانات المثبتة ، وغير ذلك مما يدخل في مسماها)^(٣) .

قوله : (والاعتبار) أي : في تعدد الصفقة .

قوله : (بالعاقد) أي : المباشر للعقد .

قوله : (لا بموكله) لو عبر بالمعقود له . . لكان أعم وكان اقتصاره عليه لأنه المصرح به في كلامهم ، ثم رأيت في « النهاية » ما يفيد حيث قال عند قول « المنهاج » : (ولو وكلاه أو وكلهما . . فالأصح : اعتبار الوكيل)^(٤) ما نصه : (وسكتوا عما لو باع الحاكم أو الولي أو الوصي أو القيم على المحجورين شيئاً صفقة واحدة ، والظاهر : أنه كالوكيل فيعتبر العاقد لا المبيع عليه) تدبر^(٥) .

قوله : (لأن أحكام العقد) أي : كروية المبيع وثبوت خيار المجلس .

(١) فتوحات الوهاب (١٠٠ / ٣) .

(٢) نهاية المحتاج (٤٨٦ / ٣) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٤٨٦ / ٣) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٢١٨) .

(٥) نهاية المحتاج (٤٨٧ / ٣) .

إِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِمُبَاشَرِهِ ، فَلَوْ وَكَّلَ جَمْعٌ وَاحِدًا . اِتَّحَدَ ، أَوْ وَاحِدٌ جَمْعًا فَعَقَدُوا مَعًا . تَعَدَّدَ بِحَسَبِهِمْ .

(فَضْلٌ)

فِي الْخِيَارِ

قوله : (إِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِمُبَاشَرِهِ) أي : العقد .

نعم ؛ العبرة بعكسه في الشفعة والرهن كما يعلم من محلها ؛ لأن مدار الشفعة على اتحاد الملك وعدمه ، فلو وكل واحد اثنين في شراء شقص مشفوع . . فليس للشفيع أن يأخذ بعض المشتري ؛ نظراً للوكيلين ، بل يأخذ الكل أو يترك الكل ومدار الرهن على اتحاد الدين وعدمه ، ولأنه ليس عقد عهدة حتى ينظر فيه إلى المباشر .

قوله : (فَلَوْ وَكَّلَ جَمْعٌ وَاحِدًا . اِتَّحَدَ) أي : العقد ، فلو اشترى وكيل لرجلين مثلاً شيئاً فخرج معيماً . . لم يكن لأحدهما إفراد نصيبه بالرد ؛ كما لو اشترى شيئاً . ومات عن ابنين وخرج معيماً . . لم يكن لأحدهما الرد بالعيب ، ولو باع لهما وكالة . . لم يرد نصيب أحدهما بالعيب . انتهى من « الأسنى » (١) .

قوله : (أَوْ وَاحِدٌ جَمْعًا) أي : أو وكل واحد جمعاً اثنين فأكثر .

قوله : (فَعَقَدُوا مَعًا) أي : ومن باب أولى لو عقدوا متفرقين .

قوله : (تَعَدَّدَ بِحَسَبِهِمْ) أي : تعدد العقد بحسب الوكلاء ، فلو اشتروا للموكل . . رد جوازاً عقد أحدهم بالعيب ، أو باعوا له . . رد جوازاً نصيب أحدهم بالعيب ؛ اعتباراً بالعقد ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فَضْلٌ فِي الْخِيَارِ) لما فرغ المصنف من صحة العقد وفساده . . شرع في لزومه وجوازه ، والأصل في البيع : اللزوم ؛ أي : إن وضعه يقتضيه ؛ لأن القصد منه نقل الملك وحل التصرف مع الأمن من نقض صاحبه له ، وهما فرعاً للزوم ، إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار ؛ رفقاً بالمتعاقدين ، وهو نوعان : خيار تشي ، وخيار نقيصة ؛ فخيار التشي : ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما من غير توقف على فوات أمر في المعقود عليه ، وله سببان : المجلس ، والشرط ، وخيار النقيصة سببه : خلف لفظي أو تغرير فعلي أو قضاء عرفي ، تدبر .

وهو : طلبُ خيرِ الأمرين ؛ كالأجازةِ والفسخِ هنا . (يَبْتَئُ خِيَارُ الْمَجْلِسِ) لكلِّ من المتعاضِضينِ ما دامَا فيه (في جميعِ أصنافِ البَيْعِ ؛)

قوله : (وهو) أي : الخيار ، أصله : اسم مصدر ؛ لأن فعله إن كان (اختار) . . فمصدره الاختيار ، وإن كان (خير) بالتشديد . . فمصدره التخيير .

قوله : (طلب خير الأمرين) أي : فيما يتعلق به غرضه ولو كان تركه خيراً له ، أو يقال : أي : غالباً . (ع ش)^(١) .

قوله : (كالأجازة والفسخ هنا) أي : في البيع الذي نحن بصدده .

قوله : (يثبت خيار المجلس) قدم الكلام عليه ؛ اهتماماً به ، ولقوة ثبوته بالشرع بلا شرط ؛ بمعنى : أن العقد إذا وقع . . ثبت فيه خيار المجلس من جهة الشرع ، حتى لو نفاه في العقد . . لم يصح ، بخلاف خيار الشرط فإنه لا يثبت إلا باشتراط العاقلين وإن ورد فيه دليل خاص به ، تدبر .

قوله : (لكل من المتعاضضين) أي : في الابتداء ، ولا يمكن ثبوته في الابتداء لأحدهما دون الآخر إلا في صورة ، وهي : ما لو كان المبيع رقيقاً يعتق على المشتري لكونه قد شهد أو أقر بحريته قبل الشراء . . ففي هذه يثبت الخيار للبائع وحده ابتداء ، من « الجمل »^(٢) .

قوله : (ما دامَا فيه) أي : في المجلس ، والأولى أن يقول : ما لم يتفرقا ، قال ابن قاسم : (وقد قالوا : لو شرط نفي خيار المجلس . . بطل البيع ؛ وعلموه بأنه ينافي مقتضاه ، وقد يستشكل بأن أصل البيع اللزوم والخيار عارض ، فكيف ينافي مقتضاه ؟ !) ويجاب بأن هذا العارض صار مقتضاه بالفعل ، وبأن كونه عارضاً لا ينافي أنه مقتضاه ؛ لأن الشارع ألزمه هذا العارض على ما كان حقه في الأصل) ، فليتأمل .

قوله : (في جميع أصناف البيع) ضابط ما يثبت فيه الخيار : كل معاوضة محضة واردة على عين أو على منفعة على التأييد بلفظ البيع لازمة من الجانبين ليس فيها تملك قهري ولا جارية مجرى الرخص ، والمراد بالمعاوضة المحضة : المعاوضة التي تفسد بفساد عوضها ، فخرج (بـ) المعاوضة : نحو الهدية ، وبـ (المحضة) : النكاح ، وبـ (الواردة على العين) : الإجازة ، وبـ (اللازمة) : الشركة ؛ وبـ (كون اللزوم من الجانبين) : الرهن ولكتابة ، وبـ (غير الملك القهري) : الشفعة ، وبـ (الجريان مجرى الرخص) : الحوالة ، تأمل .

(١) حاشية الشبرايملي (٣/٤) .

(٢) فتوحات الوهاب (١٠٢/٣) .

كَالْصَّرْفِ (أَي : بَيْعُ الْتَنْدِ بِالتَّنْقِدِ (وَبَيْعُ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ ، وَالسَّلَمِ ، وَالتَّوَلِّيَةِ ، وَالْإِشْرَاكِ) وَهَبَةٌ ذَاتِ ثَوَابٍ . وَلَوْ لِمَنْ يَتَعَنُّ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِلْحَدِيثِ الصَّحِيحِ)

قوله : (كالصرف ؛ أي : بيع النقد بالنقد) أي : مضروباً كان أو غير مضروب .

قوله : (وبيع الطعام بالطعام) أي : ولو متحدي الجنس ، واستشكل ثبوت الخيار في الربوي بأن القصد في الخيار ترووي العاقد في اختيار الأفضل له ، والمماثلة شرط فيه فالأمران مستويان ، فإذا قطع بانتفاء العلة . كيف يثبت الخيار ؟ ورد بما علم مما مر : أن القصد بثبوت الخيار هنا مجرد التشهي ، وبأنه قد تعلق الغرض بالمفضول أو المساوي ، على أن هذا الاستشكال غفلة عما مر في المماثلة المعلوم منه : أنها لا تمنع أن أحد الربويين أفضل ؛ إذ العبرة فيها بالمساواة بالكيل في المكيل والوزن في الموزون وإن اختلفا جودة ورداءة ، تدبر .

قوله : (والسلم والتولية والإشراك) أي : والمرابحة والمحاطة .

قوله : (وهبة ذات ثواب) أي : ولو قبل القبض ، هذا هو المعتمد ؛ لأنها بيع حقيقي .

قوله : (ولو لمن يعق على المشتري) أي : كأن اشترى أباه أو ولده . فإنه يثبت له الخيار ؛ بناء على الأصح من أن الملك في زمن خيار المتبايعين موقوف فلا يحكم بعقده حتى يلزم العقد ، وفارق شراء القريب شراء من أقر وشهد بحريته فإنه لا يثبت له الخيار بأنه افتداء من جهته ؛ لتقدم العتق بالنسبة لإقراره على الشراء فلم يقع عقد يتضمن ملكاً للمشتري لا باطناً ولا ظاهراً بالنسبة لإقراره ، بخلاف شراء القريب فإنه عقد صحيح باطناً وظاهراً ، وترتب عليه الملك ثم العتق ، ومن لازم ترتب الملك ثبوت الخيار . « إيعاب » .

قوله : (للحديث الصحيح . . .) إلخ ، دليل لثبوت خيار المجلس في البيع ، والحديث في « الصحيحين » وغيرهما^(١) ، ولا يوجد فيه ما يصلح معارضاً له ، قال في « التحفة » : (وخالف فيه أئمة تعلقاً بما أكثره تشغيب لا أصل له ، قاله ابن عبد البر ، وزعم النسخ لعمل أهل المدينة بخلافه . . ممنوع ؛ لأن عملهم لا يثبت به نسخ كما حقق في الأصول ، ولو اتفق نسخ في موضع بعمل أهل المدينة ظاهراً . كان النسخ في الحقيقة بغيره غايته : أن ذلك الغير وافق أهل المدينة ، أو أن عملهم مستند إليه ، على أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما من أجلهم - أي : أهل المدينة - وهو راوي الخبر يعمل به ؛ أي : بخيار المجلس) انتهى بنقص وزيادة^(٢) .

(١) صحيح البخاري (٢١٠٩) ، صحيح مسلم (١٥٣١) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٢) تحفة المحتاج (٣٤/٤) .

بثبوتِه في البيع ، وقيسَ به ما في معناه . (وَلَا خِيَارَ فِي الْإِبْرَاءِ) وصلح الحطيطة ، أَوْ أَلَدَمِ
وَالْوَقْفِ ، وَالْعَتَقِ (وَالنِّكَاحِ) وَالْخُلْعِ ولو بعين ،

قوله : (بثبوتِه في البيع) أي : فقد قال صلى الله تعالى عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار »^(١) أي : التأخير فإنه ملزم كتفرقهما ، وفي رواية بدله : « أو يقول أحدهما للآخر : اختر »^(٢) ، قال في « التحفة » : (بنصب « يقول » بـ « أو » بتقدير : إلا أن ، أو : إلى أن ، لا بالعطف ؛ وإلا . لقال : يقل بالجزم وهو لا يصح ؛ لأن القصد استثناء القول من عدم التفرق ، أو جعله غاية له ، لا مغايته له الصادقة بوجود القول مع التفرق ؛ أي : عدمه ، ولم يبال بهذا الإيهام شراح « البخاري » حيث جوزوا في رواية : « ما لم يتفرقا أو يخير » نصب الرأى وجزمها (تدبر^(٣)) .

قوله : (وقيس به ما في معناه) أي : البيع من كل معاوضة محضة . . . إلخ ما قررته فيما مر .
قوله : (ولا خيار في الإبراء) أي : للدين ؛ لأنه لا معاوضة في الإبراء فليس في معنى البيع .
قوله : (وصلح الحطيطة) هو : الصلح من الشيء على بعضه ديناً كان أو عيناً ؛ فهو في الأول إبراء ، وفي الثاني هبة بلا ثواب ، وكل منهما لا يثبت فيه الخيار كما مر ويأتي .
قوله : (أو الدم) أي : وصلح الدم ؛ بأن كان القتل عمداً . فالصلح عنه صحيح ولا خيار فيه ، أما الصلح عن دية غيره . . فيثبت فيه الخيار ؛ بناء على ما قاله شيخ الإسلام . انتهى شريبي^(٤) .

قوله : (والوقف والعتق) أي : لأنه لا معاوضة فيهما ، ولا يرد بيع العبد لنفسه فإنه لا خيار له أيضاً ؛ لأنه ملحق بالعتق نظراً للمقصود منه .

قوله : (والنكاح) أي : لأنه ليس بيعاً ، ولأنه وارد على منفعة فكان كالإجارة ، وستأتي .
قوله : (والخلع ولو بعين) أي : لأن المعاوضة فيه غير محضة مع أنه غير مقصود بالذات ، ومثله الصداق ، قال الجمل : (وهذا لا يغني عنه قوله سابقاً : « والنكاح » لأنه والصداق عقدان مختلفان وإن حصل في عقد واحد ، فعلى فرض ثبوت الخيار فيهما يكون [الخيار] بين إبقاء الزوجة وردها بفسخ النكاح ، وبين إبقاء المسمى ورده بفسخ التسمية والرجوع لمهر المثل ، وقد قيل به في

(١) صحيح البخاري (٢٠٠٣) ، صحيح مسلم (١٥٣١) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٢) أخرجه البخاري (٢١١١) ، ومسلم (١٥٣١) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٣) تحفة المحتاج (٣٣٣/٤ - ٣٣٤) .

(٤) حاشية الشيراملي على الغرر (٥٤٧/٤) .

وَالطَّلَاقِ (وَالْهَبَةِ) غَيْرِ ذَاتِ الثَّوَابِ (وَالْإِجَارَةِ) وَلَوْ ذِمَّةً وَمُقَدَّرَةً بِمَدَّةٍ ، وَنَحْوِ الشَّرَكَةِ مِنْ كُلِّ عَقْدٍ جَائِزٍ ، وَالْحَوَالَةِ وَالشَّفْعَةِ لِلْمُشْتَرِي وَالشَّفْعِ ؛

الصدّاق دون النكاح ؛ كما يؤخذ من متن « المنهاج » تأمل (١) .

قوله : (والطلاق) أي : لأنه غير عقد .

قوله : (والهبة غير ذات الثواب) هي التي صرح بنفي الثواب عنها ، أو أطلق وقلنا : لا يقتضيه ، وهو الراجح ؛ لأن اسم البيع لا يصدق عليها ، بخلاف ذات الثواب كما مر .
قوله : (والإجارة) أي : والمساقاة وإن كانتا من عقود المعاوضة المحضة ؛ لثلا يجتمع غررُ وروده [على معدوم] وغرر الخيار ، ولأن المنفعة تفوت بمضي الزمن ، فألزمنا العقد ؛ لثلا يتلف جزء من المعقود عليه لا في مقابلة العوض ، وبالجمله : فالخيار فيها يؤدي إلى تعطيل المنفعة أو ضم غرر إلى غرر .

قوله : (ولو ذمة ومقدرة بمدة) هذا هو المعتمد ، والفرق بين إجارة الذمة والسلم حيث ثبت فيه الخيار كما مر بأنه يسسّى بيعاً بخلافها ، وبأن المعقود عليه يتصور وجوده في الخارج غير فائت منه شيء بمضي الزمن فكان أقوى وأدفع للغرر ، وبينها وبين البيع (٢) الوارد على المنفعة ؛ كحق الممر ، وإجراء الماء ، ووضع الجذوع على الجدار : أنه لما عقد بلفظ البيع .. أعطي حكمه ، ومن ثم : لو عقد بلفظ الإجارة .. لا خيار فيه كما بحثناه في « التحفة » و « النهاية » (٣) .

قوله : (ونحو الشركة من كل عقد جائز) أي : من الجانبين ؛ كالقراض والوكالة ، والوديعة والعارية ، والقرض والجعالة ، أو من أحدهما ؛ كالكتابة والرهن ؛ لأنها ليست بيعاً ، ولأن الجائز في حقه بالخيار أبداً ، فلا معنى لثبوته له ، والآخر وطّن نفسه على الغبن المقصود دفعه بالخيار ، لكن لو كان الرهن مشروطاً في البيع وأقبضه قبل التفرق أمكن فسخه بأن يفسخ البيع .. فيفسخ هو تبعاً . « أسنى » (٤) .

قوله : (والحوالة) أي : لأنها وإن جعلت معاوضة ليست على قواعد المعاوضات ؛ إذ لو كانت كذلك .. لبطلت ؛ لامتناع بيع الدين بالدين .

قوله : (والشفعة للمشتري والشفيع) أي : فلا خيار لكل منهما ؛ أما المشتري .. فلأن الشقص مأخوذ منه قهراً ، وأما الشفيع .. فلأنه أزال ملكه لدفع الضرر فهو كالرد بالعيب ، ولأنه يبعد

(١) فتوحات الوهاب (١٠٥ / ٣) .

(٢) في الأصل : (البائع) ، لعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) تحفة المحتاج (٣٣٦ / ٤) ، نهاية المحتاج (٧ / ٤) .

(٤) أسنى المطالب (٤٧ / ٢) .

لأنَّ جميعَ ذلكَ ليسَ في معنى البيعِ . (وَيَنْقَطِعُ الْخِيَارُ بِالتَّخَايُرِ) من المتعاقدين نحو : تخايرنا العقدَ أو أجزئناه ، (فَإِنْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا) فقط (. . سَقَطَ حَقُّهُ) لتضمين اختياره رضاهُ بلزومه (دُونَ الْآخَرِ)

تخصيص خيار المجلس بأحد العاقدین ابتداء ، قال شيخ الإسلام : (وخالف الرافعي فصحح في بابها ثبوته للشفيع ، واستدركه عليه في « الروضة » فصحح المنع وحكاه عن الأكثرين ، وإذا قلنا به . . فهل معناه : أن يتخير في المجلس بعد الأخذ بين رد الملك وإمساكه ، أو أنه يتخير فيه قبل الأخذ [بين الأخذ] وتركه ؟ وجهان ، أحدهما في « المجموع » : الأول . فالمراد به « المجلس » : مجلس التملك ^(١) .

قوله : (لأن جميع ذلك) أي : الإبراء وما بعده ، فهو تعليل لقوله : (ولا خيار في الإبراء . . .) إلخ ، وقد علمت تفصيله .

قوله : (ليس في معنى البيع) أي : والذي ورد فيه الخيار هو البيع ، ولا يقاس ؛ لأنه ثبت على خلاف القياس . شرييني ^(٢) .

قوله : (وينقطع الخيار) أي : خيار المجلس .

قوله : (بالتخاير من المتعاقدين) أي : بأن يختارا لزوم العقد ؛ للخبر السابق ، ولأن الخيار أحدهما فيسقط بإسقاطهما كخيار الشرط .

قوله : (نحو : تخايرنا العقد ، أو أجزئناه) أي : أو أمضيناه ، أو أبطلنا الخيار ، أو أفسدناه ، وتبايعهما في العوضين ولو ربويين بعد قبضيهما بيعاً ثانياً إجازة للأول ؛ لأنه رضاً بلزومه ، ويصح الثاني ويثبت فيه الخيار ، ولو أجازا في الربوي قبل التقابض . . بطل وإن تقابضا قبل التفرق على المعتمد كما مر في بابه .

قوله : (فإن اختار أحدهما فقط) أي : لزوم العقد دون الآخر .

قوله : (سقط حقه) أي : من الخيار .

قوله : (لتضمن اختياره رضاه بلزومه) أي : البيع .

قوله : (دون الآخر) أي : فإن خياره باق ، واحتمل تبعض الخيار ؛ لوقوعه دواماً ، ولو اختار أحدهما الفسخ ولو بعد الإجازة . . انفسخ وإن لم يوافقه الآخر ؛ وإلا . . بطلت فائدة الخيار ، وفارق الفسخ الإجازة حيث كان فسخ أحدهما مانعاً من إجازة الآخر وقاطعاً لها ولم تكن إجازة

(١) أسنى المطالب (٤٧/٢) .

(٢) حاشية الشرييني على الغرر (٥٤٩/٤) .

إِلَّا إِنْ أَخْتَارَ أَيْضاً . (وَ) يَنْقَطِعُ خِيَارُهُمَا أَيْضاً (بِالتَّفَرُّقِ بِأَبْدَانِهِمَا بِاخْتِيَارِهِمَا) وَلَوْ مَعَ النُّسْيَانِ أَوْ الْجَهْلِ ، أَوْ بَيْدِنِ أَحَدِهِمَا

أحدهما مانعة من فسخ الآخر بأنه يعيد الأمر كما كان قبل العقد ، والحاصل : أن الفسخ هنا مقدم على الإجازة ؛ لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة ؛ لأصلاتها ، تأمل . قوله : (إِلَّا إِنْ أَخْتَارَ أَيْضاً) أي : فإنه يسقط حقه أيضاً ، وقول أحدهما : اختر ، أو : خيرتك . . يقطع خياره ؛ لأنه رضا منه بلزومه لا خيار المخاطب ، إلا إن قال : اخترت ؛ لأن السكوت لا يتضمن رضا ، وإلا إذا كان القائل انبائع والمبيع يعتق على المشتري ؛ لأن الملك صار له وحده . « تحفة »^(١) . قوله : (وَيَنْقَطِعُ خِيَارُهُمَا) أي : المتعاقدين .

قوله : (أَيْضاً) أي : كما ينقطع بالتخاير .

قوله : (بِالتَّفَرُّقِ بِأَبْدَانِهِمَا) أي : عن مجلس العقد ، فلو طال مكثهما أو قاما وتماشيا منازل . . دام خيارهما وإن زادت المدة على ثلاثة أيام أو أعرضا عما يتعلق بالعقد ، حتى لو تباع شخصان ملتصقان . . دام خيارهما ما لم يختارا أو أحدهما ، بخلاف نحو الأب إذا باع لابنه أو اشترى منه وفارق المجلس . . انقطع الخيار ؛ لأنه شخص واحد ، لكن أقيم مقام اثنين ، بخلاف الملتصقين فإنهما شخصان حقيقة ؛ بدليل : أنهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس ، وخرج به (البدن) : الروح والعقل ، فلو مات العاقد أو جن أو أغمي عليه في المجلس . . انتقل الخيار لوارثه أو وليه من حاكم أو غيره كخيار الشرط والعيب ، وفي معنى من ذكر موكل العاقد وسيده ، ويفعل الولي ما فيه المصلحة من الفسخ والإجازة ، فإن كانا في المجلس . . فظاهر ، أو غائبين عنه وبلغهما الخبر . . امتدَّ الخيار لهما امتداد مجلس بلوغ الخبر .

قوله : (بِاخْتِيَارِهِمَا) سيأتي محترزه .

قوله : (وَلَوْ مَعَ النُّسْيَانِ أَوْ الْجَهْلِ) أي : بأن الفرقة تسقط الخيار ، قال في « الإيعاب » : (لأن هذا من باب خطاب الوضع وهو لا يؤثر فيه الجهل) أي : والنسيان .

قوله : (أَوْ بَيْدِنِ أَحَدِهِمَا) عطف على (بأبدانهما) ، وأفهم حصره القاطع فيما ذكر : أن ركوب المشتري الدابة المباعة لا يقطع ، وهو أحد وجهين ؛ لاحتمال أن يكون لاختبارها^(٢) ، والثاني : يقطع ؛ لتصرفه ، والذي يتجه ترجيحه : الأول ، ولا نسلم أن مثل هذا التصرف

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٣٧) .

(٢) في الأصل : (لاختيارهما) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

وإن تعذر على الآخر اتباعه ، بخلاف المكره على المفارقة فلا يبطل خياره إلا إن فارق المجلس
الذي زال فيه الإكراه ؛

يقطعه ، ويقاس بالمذكور ما في معناه ، نقله ابن قاسم عن « الإيعاب » .

قوله : (وإن تعذر على الآخر اتباعه) أي : فيستمر في المجلس : لأن التفرق لا يتبعض ،
بخلاف التأخير ؛ وذلك للخبر السابق ، وخبر الدارقطني وغيره : « البيعان بالخيار حتى يتفرقا من
مكانهما »^(١) ، وكان ابن عمر رضي الله تعالى عنهما راوي الخبر (إذا ابتاع شيئاً . فارق صاحبه)
رواه البخاري^(٢) ، وروى مسلم : (قام يمشي هنيهة ثم رجع)^(٣) ، وعلى هذا حمل ما رواه
الترمذي : (أنه إذا ابتاع بيعاً وهو قاعد . . قام ليجب له)^(٤) ، ومقتضاه : حل الفراق ؛ خشية أن
يستقيله صاحبه .

واستشكل بما رواه الترمذي وحسنه : أنه صلى الله تعالى عليه وسلم قال : « البيعان بالخيار
ما لم يتفرقا ، إلا أن تكون صفقة خيار ، ولا يحل له أن يفارق صاحبه ؛ خشية أن يستقيله »^(٥) ،
وأجيب بحمل الحل في هذا الخبر على الإباحة المستوية الطرفين ، فتكون المفارقة بقصد ذلك
مكروهاً ، ولكن لا يلزم منه أن فعل ابن عمر رضي الله تعالى عنهما كان مكروهاً ؛ لجواز ألا تكون
مفارقته لذلك بل لغرض جواز التصرف فيه ، أو لبيان الحكم الشرعي بالفعل فإنه أبلغ منه بالقول ،
تأمل .

قوله : (بخلاف المكره على المفارقة) محترز قول المتن : (باختيارهما) .

قوله : (فلا يبطل خياره) أي : المكره إذا كان الإكراه بغير حق ، وإلا ؛ كأن كان أحدهما
غاصباً لمحل العقد فأكرهه على الخروج منه . . فإنه ينقطع خياره كما ذكره الزركشي أخذاً من كلام
صاحب « الوافي » .

قوله : (إلا إن فارق المجلس الذي زال فيه الإكراه) أي : فمجلس زوال الإكراه كمجلس
العقد ، فإن انتقل منه إلى غيره ؛ بحيث يعدُّ مفارقاً له . . انقطع خياره ، ومحلّه كما هو ظاهر :
حيث زال الإكراه في محل يمكنه المكث فيه عادة ، أما لو زال الإكراه في محل لا يمكن المكث فيه

(١) سنن الدارقطني (٣ / ٥٠) عن سيدنا عبد الله بن عمرو بن العاصي رضي الله عنهما .

(٢) صحيح البخاري (٢١٠٧) .

(٣) صحيح مسلم (٤٥ / ١٥٣١) .

(٤) سنن الترمذي (١٢٤٥) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٥) سنن الترمذي (١٢٤٧) عن سيدنا عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما .

إِذْ لَا تَقْصِيرَ مِنْهُ . وَيَبْطُلُ خِيَارُ الْمَاكِثِ إِلَّا إِنْ مُنِعَ مِنَ الْخُرُوجِ مَعَهُ ، وَلَا نَظَرَ لِمُكْتَنِهِ مِنَ الْفَسْخِ بِالْقَوْلِ ؛ لِأَنَّ الْمُكْرَةَ لَا فِعْلَ لَهُ بِخِلَافِ الْهَارِبِ . (وَيُعْتَبَرُ فِي التَّفَرُّقِ الْعُرْفُ)

عادة ؛ كلجة ماء . . لم ينقطع خياره بمفارقته ؛ لأنه في حكم المكره على الانتقال منه ؛ لعدم صلاحية محله للجلوس .

وعليه : فلو كان أحد الشاطئين للبحر أقرب من الآخر . . لزم قصد الأقرب حيث لا مانع ، فإن قصد الأبعد . . انقطع خياره ؛ قياساً على ما لو كان لمقصد المسافر طريقان طويل وقصير فسلك الطويل لا لغرض غير القصر . . فإن أظهر فيه : عدم الترخص ، أفاده (ع ش) فليتأمل^(١) .

قوله : (إِذْ لَا تَقْصِيرَ مِنْهُ) أي : من المكره ؛ لتعليل لعدم بطلان خياره بالإكراه على المفارقة .
قوله : (وَيَبْطُلُ خِيَارُ الْمَاكِثِ) أي : لتقصيره بعدم متابعته ، قال القليوبي : (فإن تبعه . . بقي خيارهما ما لم يتباعدا)^(٢) .

قوله : (إِلَّا إِنْ مُنِعَ) أي : المالك .
قوله : (مِنْ الْخُرُوجِ مَعَهُ) أي : مع المكره فإنه لا يبطل خياره أيضاً ، ولو زال منعه بعد . . كلف الخروج عقب زوال المنع ؛ لاتباع صاحبه كما استقر به (ع ش)^(٣) .
قوله : (وَلَا نَظَرَ لِمُكْتَنِهِ) أي : المكره .

قوله : (مِنْ الْفَسْخِ بِالْقَوْلِ) أي : وإن لم يمنع منه ؛ بالأيسر فمه .
قوله : (لِأَنَّ الْمُكْرَةَ لَا فِعْلَ لَهُ) أي : والسكوت عن الفسخ لا يقطع كما في المجلس .
قوله : (بِخِلَافِ الْهَارِبِ) أي : فلو هرب أحدهما ولم يتبعه الآخر . . بطل خياره كخيار الهارب وإن لم يتمكن من أن يتبعه ؛ لتمكنه من الفسخ بالقول ، ولأن الهارب فارق مختاراً ، بخلاف المكره فإنه لا فعل له ، ومقتضى التعليل الأول : أنه لو لم يتمكن من الفسخ بالقول . . بقي خياره حتى يتمكن منه ، وهو كما قاله في « التحفة » محتمل^(٤) ، واعتمده (ع ش)^(٥) .

قوله : (وَيُعْتَبَرُ فِي التَّفَرُّقِ الْعُرْفُ) أي : فما يعده الناس فرقة . . لزم به العقد ، وما لا . . فلا ؛ لأن ما ليس له حد شرعاً ولا لغة يرجع فيه إلى العرف .

(١) حاشية الشبراملسي (٩/٤) .

(٢) حاشية قليوبي (١٩١/٢) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٩/٤) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٣٩/٤) .

(٥) حاشية الشبراملسي (٩/٤) .

ففي دارٍ أو سفينةٍ صغيرةٍ يحصلُ بخروجٍ أحدهما منها ، أو صعودٍ سطحٍ ومثل قلع ، وفي كبيرةٍ بخروجٍ من نحو بيتٍ لصحنٍ ، وفي متفاحشٍ السَّعةِ كسوقٍ بتوليةِ الظَّهرِ وأَمْسِيٍّ قليلاً

قوله : (ففي دارٍ أو سفينةٍ صغيرةٍ) أي : أو مسجد صغير .

قوله : (يحصل) أي : التفرق .

قوله : (بخروجٍ أحدهما) أي : المتعاقدين .

قوله : (منها) أي : الدار أو السفينة الصغيرة ، وظاهره : ولو كان قريباً من الباب ، وهو كذلك كما قاله جمع ، وبحث أن مثل ذلك ما لو كانت إحدى رجله داخل الدار معتمداً عليها فأخرجها^(١) .

قوله : (أو صعود سطح) أي : أو شيء مرتفع فيها ؛ كنخلة مثلاً ، ومثل ذلك كما استظهره (ع ش) ما لو كان فيها بئر فنزلها^(٢) .

قوله : (ومثل قلع) لم أره في غير هذا الكتاب ، فليراجع .

قوله : (وفي كبيرة) أي : من دار أو سفينة ، وكذا مسجد .

قوله : (بخروجٍ من نحو بيتٍ لصحنٍ) أي : يحصل التفرق بخروج . . . إلخ ؛ أي : أو من صحنٍ إلى الصفة أو البيت ، قال في « الأنوار » : (ولو كان في سفينة كبيرة . . فالتزول إلى الطبقة التحتانية تفرق كالصعود إلى فوقانية)^(٣) .

قوله : (وفي متفاحشٍ السَّعةِ كسوقٍ) أي : أو صحراء أو بيت متفاحشٍ السَّعة .

قوله : (بتولية الظهر) أي : منهما أو من أحدهما .

قوله : (والمشي قليلاً) هل تضبط القلة هنا بما في الصلاة كخطوة ؛ لتصريحهم بأن ما ذكروه ثم بيان للعرف ، أو يفرق بأن [عرف] كل باب بحسبه ؛ وهو هنا ما يعد به مفارقاً ونحو الخطوة ليس كذلك ؟ كل محتمل ، والثاني أقرب كما يقتضيه تعبيرهم بالمشي ؛ إذ الخطوة وحدها لا تسمى مشياً ، كذا في « الفتح »^(٤) ، ونقل في « حاشية الروض » عن « الأنوار » : أن المشي القليل ما يكون بين الصفين ؛ أي : ثلاثة أذرع ، فليراجع^(٥) .

(١) انظر « حاشية الشيراملسي » (١٠ / ٤) .

(٢) حاشية الشيراملسي (١٠ / ٤) .

(٣) الأنوار (٣٣٨ / ١) .

(٤) فتح الجواد (٤٠١ / ١) .

(٥) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٩ / ٢) ، الأنوار (٣٣٨ / ١) .

(فَصْلٌ)

في خيار الشرط

(وَيَجُوزُ شَرْطُ الْخِيَارِ لَهُمَا) أي : الْمُتَعَاذِينَ (وَلَا أَحَدَهُمَا وَلَا جَنْبِيٍّ)

قوله : (وإن سمع الخطّاب) أي : خطاب صاحبه الذي في مجلس العقد ، قال في « التحفة » : (ولا يكفي - أي : في التفرق - بناء جدار وإرخاء ستر بينهما إلا إن كان بفعلهما أو أمرهما ، فإن كان من أحدهما فقط . . بطل خياره لا خيار الآخر إلا إن قدر على منعه أو لم يتلفظ بالفسخ فيما يظهر ؛ كما لو هرب ، وفي متبايعين من بعد بمفارقة محل البيع ، لا إلى جهة الآخر ، ولا بالعود لمحلّه بعد المضي إلى الآخر ، هذا ما بحثه جمع ، واعترض بأن القياس : انقطاعه بمفارقة أحدهما مكانه ووسوله لمحل لو كان الآخر معه في مجلس العقد . . عد تفرقاً ، وقد يجاب بأن ما بينهما من التباعد - حالة العقد صار كلّ حريم العقد فلم يؤثر مطلقاً ، ومروا « البيع » بقاء خيار الكاتب إلى انقضاء خبار المكتوب إليه بمفارقتها لمجلس قبوله ^(١) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل في خيار الشرط) أي : في بيان خيار التروي الناشئ عن الشرط ، فهو مضاف إلى سببه وما يتبعه ؛ كبيان من له الملك في زمن الخيار وحكم الوطاء فيه .

قوله : (ويجوز شرط الخيار . .) إلخ ؛ أي : إجماعاً ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لحبّان بن منقذ : « من بايعت . . فقل : لا خلافة ، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال » رواه البيهقي بإسناد حسن ^(٢) ، وفي « الصحيحين » نحوه ^(٣) ، وفي رواية الدارقطني عن عمر رضي الله تعالى عنه : (فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدة ثلاثة أيام) ^(٤) ، ومعنى : (لا خلافة) : لا غبن ولا خديعة ، ومن ثم : اشتهرت في الشرع لاشتراط الخيار ثلاثاً ، فإن ذكرت وعلمنا معناها . . ثبت ثلاثاً ، وإلا . . فلا .

قوله : (لهما ؛ أي : المتعاقدين ولأحدهما ولأجنبي) متعلق بـ (الخيار) فهو بيان للمشروط له ، ولم يبين الشارط ؛ لوضوحه فإنه لا يكون من الأجنبي ، ولذا قرر بعضهم أن صور ما في

(١) تحفة المحتاج (٣٣٩/٤) .

(٢) السنن الكبرى (٢٧٣/٥) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٣) صحيح البخاري (٢١١٧) ، صحيح مسلم (١٥٣٣) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٤) سنن الدارقطني (٥٤/٣) .

متحدداً أو متعدداً ولو سفيهاً ؛ إذ لا يلزمه فعل الأَحْظَ عَلَى الأَوْجِه (ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ)

المقام خمسة عشر : ثلاثة في الشارط ؛ لأنه إما المتعاقدان أو أحدهما بائعاً أو مشترياً ، وخمسة في المشروط له ؛ لأنه إما هما أو أحدهما بائعاً أو مشترياً أو أجنبياً واحداً أو اثنين ، وخمسة في ثلاثة بخمسة عشر ، تأمل^(١) .

قوله : (متحدداً أو متعدداً) أي : وسواء شرطاه لواحد أم أحدهما لواحد والآخر لآخر ، وإنما جاز شرطه له ؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك لكونه أعرف بالمبيع .

قوله : (ولو سفيهاً) أي : ولو كان الأجنبي سفيهاً . فلا يشترط رشده ، وإنما الشرط البلوغ فقط كما نقلوه عن الزركشي وأقروه ، قال (سم) : (أما اشتراط البلوغ . . فلأن الإجازة والفسخ تصرف ، وكلاهما لا يصح إلا من البالغ ؛ لأن الصبي لا يصح تصرفه ، وأما عدم اشتراط الرشده . . فلأنه أمر تابع ، فليتأمل) .

قوله : (إذ لا يلزمه فعل الأَحْظَ) أي : بناء على أن شرط الخيار تمليك له ، وهو الأوجه ، وعليه : يكفي عدم الرد فيما يظهر ؛ لأنه ليس تمليكاً حقيقياً ، قاله في « التحفة »^(٢) .

قوله : (على الأوجه) راجع للغاية والتعليل معاً ، وعبارة « التحفة » : (والأوجه : اشتراط تكليف الأجنبي لا رشده ، وأنه لا يلزمه فعل الأَحْظَ . . .) إلخ^(٣) ، ومثله في « النهاية » مع نسبته للزركشي^(٤) ، وخالف في « الإيعاب » في عدم اشتراط الرشده حيث قال بعد كلام قرره : (وعلم اتجاه اشتراط رشده ؛ لأن كلاً من التمليك والتوكيل في العقود المالية يتوقف عليه ، وبهذا يندفع ما مر عن الزركشي من اشتراط بلوغه فقط ؛ قياساً على المعلق بمشيئة الطلاق) انتهى ، نقله (سم) فليتأمل^(٥) .

قوله : (ثلاثة أيام) دخلت فيها الليالي ؛ للضرورة ، وقضيته : أنه لو عقد وقت طلوع الفجر وشرط ثلاثة أيام . . انقضى بالغروب ؛ إذ لا ضرورة حينئذ إلى إدخال الليلة ، وهو ما اعتمده الرملي وفاقاً للأسنوي ؛ لأن الأيام المشروطة لم تشمل عليها^(٦) ، واعتمد الشارح خلافه ؛ قياساً على

(١) انظر « فتوحات الوهاب » (١١٠ / ٣) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٤٢ / ٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٤٢ / ٤) .

(٤) نهاية المحتاج (١٣ - ١٢ / ٤) .

(٥) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣٤٢ / ٤) .

(٦) نهاية المحتاج (١٩ / ٤) .

فَمَا دُونَهَا) بشرط أن يعين قدر ذلك الدون متوالية مبتدأة من حين الشرط - ولو بعد العقد في مجلسه

ما قالوه في مسح الخف قال : (وكلام الرافعي كالصريح في ذلك)^(١) .

قوله : (فما دونها) أي : ولو ساعة ، وتحمل على الفلكية إن عرفها العاقدان وقصداها ، وإلا . . حمل على لحظة ، أفاده في « التحفة »^(٢) .

قوله : (بشرط أن يعين قدر ذلك الدون) أي : فإن أطلق أو ذكر مدة مجهولة ؛ كبعض يوم ، أو إلى أن يجيء زيد . . بطل العقد ؛ للغرر ، ولو شرط الخيار إلى يوم . . صح وحمل على يوم العقد ، فإن عقد نصف النهار مثلاً . . فإلى مثله ، وتدخل الليلة ؛ للضرورة ، وإنما لم يحمل اليوم في الإجارة على ذلك ؛ لأنها أصل والخيار تابع ، فاعتفر في مدته ما لم يغتفر في مدتها ، أو نصف الليل . . انقضى بغروب شمس يوم تاليه كما نقلاه في « التحفة » و « النهاية » عن « المجموع » ، وفيهما اعتراض وجواب ، فراجعه^(٣) .

قوله : (متوالية) أي : فلا يصح تفريقها ، فلو شرط للبائع يوم وللمشتري يوم [بعده] للبائع اليوم الثالث . . بطل العقد ، وكذا لو شرط للبائع يوم وللمشتري يومان بعده ، بخلاف ما لو شرط الأول لهما ولأحدهما معيناً الثاني والثالث . . فإنه يصح ، وكذا لو شرط الأول للبائع مثلاً والثاني والثالث لأجنبي عنه . . فإنه يصح على المعتمد ؛ لأن الأجنبي لكونه نائباً عن شرط الأول لم يؤد ذلك لجواز العقد بعد لزومه ، بل الجواز مستمر للبائع ، فالحاصل : أنه متى اشتمل على شرط يؤدي لجواز العقد بعد لزومه . . بطل ، وإلا . . فلا ، أفاده (ع ش)^(٤) .

قوله : (مبتدأة من حين الشرط) أي : فإن فصلها عنه . . لم يصح ؛ لأنه يؤدي إلى جواز العقد بعد لزومه وهو ممتنع ، ولهذا لو أسقطا أول المدة المشروطة . . سقطت كلها .

قوله : (ولو بعد العقد في مجلسه) أي : لأن إلحاق الشرط في زمن الخيار ؛ جائز ؛ لكونه حينئذ كالواقع في صلب العقد ، وعليه فابتداء المدة من حين الشرط ، وقولهم : (ابتداؤها من العقد) جري على الغالب أن وقوع شرط الخيار فيه لا في المجلس بعده ، فإن قيل : يلزم على اعتبارها من الشرط في ذلك زيادة المدّة على ثلاثة أيام إذا كان الشرط بعد مضيتها في المجلس . . فالجواب : أنه لا محذور في ذلك ؛ لأن لزائد على الثلاثة إنما هو خيار المجلس لا الشرط ، تدبر .

(١) تحفة المحتاج (٣٤٥/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٤٥/٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٤٥/٤) ، نهاية المحتاج (١٨/٤) .

(٤) حاشية الشيرازي (١٨/٤) .

.. لا فوقها ؛ اقتصاراً على مورد النصّ (في جميع أصناف البيع) نظير ما مرّ في خيار المجلس ؛ إذ هُما متلازمان غالباً . وقد يثبت خيار المجلس دون الشرط ؛

قوله : (لا فوقها) أي : فلا يجوز شرط الخيار فوق ثلاثة ، بل يبطل العقد كما صرحوا به ، ولا يخرج على تفريق الصفقة ؛ لوجود الشرط الفاسد ، وهو مبطل للعقد ؛ لأنه يتضمن غالباً زيادة في الثمن أو محاباة ، فإذا سقطت . . انجرت الجهالة إلى الثمن بسبب ما يقابل الشرط الفاسد ، فلهذا : لم يصح الشرط في الثلاث ، ويبطل فيما زاد عليها ، تأمل .

قوله : (اقتصاراً على مورد النص) أي : وهي الثلاثة ؛ فإن الأصل : امتناع الخيار ؛ لكونه مخالفاً لوضع البيع فإنه يمنع نقل الملك أو لزومه إلا فيما أذن فيه الشارع ، ولم يأذن إلا في الثلاثة كما مر ، وألحق بها ما دونها بقيودها المذكورة فبقي ما عداها على الأصل ، بل روى عبد الرزاق في « مصنفه » عن أنس رضي الله تعالى عنه : أن رجلاً اشترى من رجل بغيراً واشترط الخيار أربعة أيام ، فأبطل رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم البيع وقال : « الخيار ثلاثة أيام »^(١) .

لا يقال : إن صح هذا الحديث . . فالحجة فيه واضحة ، وإلا . . فلأخذ بحديث الثلاثة عمل بمفهوم العدد ، والأكثر من على عدم اعتباره كما هو مبين في الأصول ؛ لأننا نقول : إن محل ذلك حيث لم تقم قرينة عليه ، وإلا . . وجب العمل به ، وهنا قامت القرينة عليه ؛ وهي ذكر الثلاثة في حديث حبان بن منقذ السابق ؛ إذ لو جاز أكثر منها . . لكان أولى بالذكر ؛ لأن اشتراطه أحوط في حق المغبون ، فتأمل فإنه مهم أي مهم .

قوله : (في جميع أصناف البيع) علم من تقييد المصنف بـ (البيع) : عدم مشروعية الخيار في الفسوخ والعتق والإبراء والنكاح والإجارة ، وهو كذلك . « نهاية »^(٢) ، ومن الفسوخ : الإقالة على المعتمد من أنها فسخ فلا خيار فيها .

قوله : (نظير ما مر في خيار المجلس) أي : فإنه يثبت في جميع أصناف البيع .

قوله : (إذ هما) أي : خيار المجلس وخيار الشرط .

قوله : (متلازمان غالباً) أي : من حيث المحل ؛ بمعنى : أن كل عقد صح أن يثبت فيه أحدهما . . صح أن يثبت فيه الآخر . (سم) على « الغرر »^(٣) .

قوله : (وقد يثبت خيار المجلس دون الشرط) محترز قوله : (غالب) فذاك أولى بالثبوت مما

(١) انظر « التلخيص الحبير » (١٧٨٢ / ٤) .

(٢) نهاية المحتاج (١٦ / ٤ - ١٧) .

(٣) حاشية ابن قاسم على الغرر (٥٥٧ / ٤) .

إِذْ (لَا) يَثْبُتُ خِيَارُ الشَّرْطِ (فِي الرِّبَا وَالسَّلَامِ) لِأَنَّهُ أَوْلَى مِنَ التَّأْجِيلِ الْمَمْتَنَعِ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ أَعْظَمُ غَرراً لِمَنْعِهِ الْمَلِكَ أَوْ لَزُومَهُ ، (وَ) لَا فِي (مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ)

هنا ؛ لقصر زمنه غالباً ، وكل ما كان كذلك فهو أولى بعقد البيع الذي مداره اللزوم مما هو أطول ، ولهذا لم يثبت هذا حيث لا يثبت فيه ذاك ، وقد يثبت ذاك حيث لا يثبت فيه هذا كما ذكره المصنف كغيره .

قوله : (إذ لا يثبت خيار الشرط) أي : بخلاف خيار المجلس كما مر .

قوله : (في الربا والسلم) أي : فلا يصح شرط الخيار فيهما ، وكذا في شراء من يعتق عليه للمشتري وحده كما قال في « البهجة » :

[من الرجز]

..... لَا حَيْثُ يَعْتَقِنَ لِمُشْتَرٍ فَقَطْ^(١)

وذلك لاستلزامه الملك له المستلزم لعتقه المانع من الخيار ، وما أدى ثبوته لعدمه .. كان باطلاً من أصله ، بخلاف شرطه لهما أو للبائع وحده فإنه جائز ؛ إذ الملك موقوف في الأول وللبيع في الثاني .

قوله : (لأنه) أي : شرط الخيار .

قوله : (أولى من التأجيل الممتنع فيهما) أي : الربا والسلم ؛ لاشتراط القبض في المجلس للعوضين في الأول ولرأس المال في الثاني .

قوله : (لأنه أعظم غرراً) أي : من التأجيل .

قوله : (لمنعه الملك) أي : إن كان الخيار للبائع أو لهما .

قوله : (أو لزومه) أي : أو منعه لزوم الملك إن كان الخيار للمشتري ، قال في « الأسنى » : (ولما في السلم من غرر يراد عقده على معدوم ، فلا يضم إليه غرر الخيار)^(٢) ، قال الحلبي : (الفرق بين خيار الشرط وخيار المجلس حيث استثنى من الأول الربا والسلم واللذان يأتيان مع أن العلة متأية في خيار المجلس أيضاً : أنه ثبت قهراً وليس له حدٌ محدود ، بخلاف خيار الشرط) انتهى بالمعنى ، فليتأمل .

قوله : (ولا فيما يسرع فساده) أي : ولا يثبت خيار الشرط فيما يسرع فساده ، وهذا نقله في « شرح المنهج » عن النووي^(٣) ، قال ابن قاسم : (قضيته : ثبوت خيار المجلس فيما يتسارع إليه

(١) بهجة الحاوي (ص ٨٠) .

(٢) أسنى المطالب (٥٠/٢) .

(٣) فتح الوهاب (١٦٩/١) .

قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ الْمَشْرُوطَةِ ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاطَهُ فِيهِ يُؤَدِّي إِلَى تَلْفِهِ . (وَلَا يَجُوزُ شَرْطُهُ ثَلَاثًا لِلْبَائِعِ فِي الْمُصْرَاةِ) لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ مِنَ الْحَلْبِ مَحَافَظَةً عَلَى مَا قَصَدَهُ مِنْ ظُهُورِ التَّغْيِيرِ بِالتَّصْرِيَةِ ، وَتَرْكُهُ مُضِرٌّ بِالْبَهِيمَةِ

الفساد وامتداده ما دام في المجلس وإن لزم تلف المبيع ، وقد يفرق بأن خيار المجلس ثبت قهراً انتهى^(١) ، ومر عن الحلبي ما يوافقه .

قوله : (قبل مضي المدة المشروطة) أي : كقبل شرط في بيعه الخيار ثلاثة أيام فإنه لا يصح ، قال في « حاشية الفتح » : (وإن أمكن تجفيفه كما اقتضاه إطلاقهم ، ويوجه بأن التجفيف ينقله إلى حالة أخرى لم يقع عليها البيع فكان تبييسه كتلفه)^(٢) .

قوله : (لأن اشترطه فيه) أي : اشتراط الخيار فيما يتسارع فساده تلك المدة .

قوله : (يؤدي إلى تلفه) أي : فإن قضية الخيار : التوقف عن التصرف فيه فيؤدي لضياع ماليته .

قوله : (ولا يجوز شرطه) أي : الخيار .

قوله : (ثلاثاً للبائع في المصراة) أفهم الجواز فيما دون الثلاثة أو فيها للمشتري ، لكن بحث في « التحفة » : أن شرطه فيها لهما كذلك ، وأن مثل الثلاث ما قاربها مما من شأنه أن يضر بها ، ونحوه في « النهاية »^(٣) .

قوله : (لأنه يمتنع) أي : البائع .

قوله : (من الحلب) أي : لتلك المصراة .

قوله : (محافظة على ما قصده من ظهور التغيرير بالتصيرية) أي : فإنه يحافظ على ترك الحلب ؛ ليبقى اللبن على ما أشعرت به التصيرية فهو لا يفوت غرضه من ترويجها ، قال في « المغني » : (فإن قيل لك : ما المانع من حلب البائع لها إذا كان الخيار له ؛ لأن الملك له حينئذ واللبن في زمن الخيار لمن له الملك ؟ أجيب بأن اللبن الموجود حال البيع مبيع ؛ فهو كالحمل الموجود عند البيع فيمتنع الحلب لذلك ، والبائع إنما يملك لو تم البيع للبن الحادث بعد العقد كالولد الحادث بعده) انتهى^(٤) ، وأجيب عن هذا السؤال أيضاً بما قررت به كلام الشارح هنا .

قوله : (وتركه مضر بالبهيمة) من تنمة التعليل ، ولذا قيل بطرد ذلك في كل حلوب وإن لم تكن

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣٤٤/٤) .

(٢) حاشية فتح الجواد (٤٠٢/١) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٤٤/٤) ، نهاية المحتاج (١٦/٤) .

(٤) مغني المحتاج (٦٣/٢) .

(وَالْمَلِكُ فِي الْمَبِيعِ لِلْمُشْتَرِي إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لَهُ وَحْدَهُ) وَحِينَئِذٍ يَكُونُ الْمَلِكُ فِي الثَّمَنِ لِلْبَائِعِ وَحْدَهُ
 (وَالْمَلِكُ فِيهِ لِلْبَائِعِ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لَهُ وَحْدَهُ) وَحِينَئِذٍ يَكُونُ مِلْكُ الثَّمَنِ لِلْمُشْتَرِي . (وَ) الْمَلِكُ
 لِلثَّمَنِ وَالْمُثْمَنِ (مَوْقُوفٌ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِهَُمَا ،)

مصراة؛ إذ تركها ثلاثاً بلا حجب يضرها بلا شك وإن كانت المصراة أشد ضرراً ، لكنه مردود بأنه لا داعي هنا
 لترك الحلب ، بخلافه ثم ؛ فإن ترويجه للتصيرية التي قصدها يمنع من الحلب وإن كان اللبن ملكه .
 قوله : (والملك في المبيع) أي : بتوابعه الآتية ، وحذفها ؛ لفهمها منه ؛ لأنه يلزم من ملك
 الأصل ملك الفرع غالباً .

قوله : (للمشتري إن كان الخيار) أي : المشروط .

قوله : (له وحده) أي : المشتري .

قوله : (وحينئذ) أي : حين إذ كان الملك في المبيع للمشتري .

قوله : (يكون الملك في الثمن للبائع) أي : لأن الثمن عوض المبيع ، فحيث حكمنا بتحول

الملك فيه للمشتري .. حكمنا بتحول ملك الثمن للبائع .

قوله : (والملك فيه) أي : المبيع بتوابعه .

قوله : (للبائع) بمعنى : أنه لم يخرج عن ملكه .

قوله : (إن كان الخيار) أي : المشروط .

قوله : (له وحده) أي : البائع .

قوله : (وحينئذ) أي : حين إذ كان الملك في المبيع للبائع .

قوله : (يكون ملك الثمن للمشتري) أي : بمعنى : أنه لم يخرج عن ملكه ، ومثل خيار الشرط

في ذلك خيار المجلس ، وكونه لأحدهما ؛ بأن يختار الآخر لزوم العقد ، ووجه كون الملك لمن

انفرد : أنه إذا كان الخيار لأحدهما . . كان هو وحده متصرفاً في المبيع ، ونفوذ التصرف دليل الملك .

قوله : (والملك للثمن والمثمن) أي : في زمن خيار الشرط والمجلس .

قوله : (موقوف إن كان الخيار لهما) أي : البائع والمشتري ؛ لأنه ليس أحد^(١) الجانبين أولى

من الآخر فتوقفنا ، ولو شرط الخيار لأجنبي . . قال ابن النقيب : لم أر من تعرض لمن ملك المبيع

وذكر فيه خلافاً ، ونازعه الولي العراقي ، وحاصله : أنه إن كان الأجنبي من جهة أحدهما . . فملك

المبيع له ، وإن كان من جهتهما . . فموقوف . انتهى من « المغني »^(٢) .

(١) في الأصل : (لأحد) ، وأمل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) مغني المحتاج (٦٥ / ٢)



فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ . . بَانَ أَنَّهُ (فِي الْمَبِيعِ) لِلْمُشْتَرِي) ، وَفِي الثَّمَنِ لِلْبَائِعِ (مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ؛ وَإِلَّا) بَانَ
فَسَخَ . . فَهُوَ فِي الْمَبِيعِ (لِلْبَائِعِ) وَفِي الثَّمَنِ لِلْمُشْتَرِي . وَيَتَبَيَّنُ أَنَّ كَلًّا لَهُ يَخْرُجُ عَنْ مَلِكٍ صَاحِبِهِ ،
وَحَيْثُ حُكْمٍ بِالْمَلِكِ لَوَاحِدٍ . . كَانَ مَالِكًا لِجَمِيعِ الزَّوَائِدِ الْمُنْفَصِلَةِ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ

قوله : (فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعِ) أي : بَانَ لَمْ يَفْسَخْ .

قوله : (بَانَ أَنَّهُ) أي : الْمَلِكُ .

قوله : (وَيَتَبَيَّنُ أَنَّ كَلًّا) أي : مِنَ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ .

قوله : (لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مَلِكٍ صَاحِبِهِ) أي : مِنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي ، وَفِي حَالَةِ الْوَقْفِ يَطَالِبَانِ
بِالْإِنْفَاقِ ثُمَّ يَرْجِعُ مِنْ بَانَ عَدَمَ مُلْكِهِ عَلَى الْآخَرِ ، وَقِيْدَهُ بَعْضُهُمْ بِمَا لَوْ أَنْفَقَ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ ، قَالَ فِي
« التَّحْفَةِ » : (وَفِيهِ نَظَرٌ ، بَلْ تَرَاضِيهِمَا عَلَى ذَلِكَ كَافٌ ، وَكَذَا إِنْفَاقُهُ بَنِيَّةُ الرَّجُوعِ وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهَا مَعَ
امْتِنَاعِ صَاحِبِهِ وَفَقْدِ الْقَاضِي ؛ أَخْذًا مِمَّا يَأْتِي فِي الْمَسَاقَاةِ وَهَرَبِ الْجَمَالِ)^(١) .

قوله : (وَحَيْثُ حُكْمٌ بِالْمَلِكِ) أي : لِلْمَبِيعِ أَوْ الثَّمَنِ .

قوله : (لَوَاحِدٍ) أي : مِنَ الْبَائِعِ أَوْ الْمُشْتَرِي .

قوله : (كَانَ مَالِكًا لِجَمِيعِ الزَّوَائِدِ الْمُنْفَصِلَةِ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ) أي : وَكَذَا التَّصَرُّفُ فِيهِ حَتَّى الْبَيْعِ
وَنَحْوِهِ ، بَلْ يَحِلُّ لَهُ وَطءُ الْأُمَةِ ، وَاسْتِشْكَالُ حُلِّ وَطءِ الْمُشْتَرِي لَهَا بِأَنَّهُ يَتَرَقَّفُ عَلَى الْاسْتِبْرَاءِ ، وَهُوَ
غَيْرُ مُعْتَدٍّ بِهِ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ عَلَى الْأَصَحِّ ، وَقَدْ ذَكَرَ فِي « الْبَهْجَةِ » هَذَا الْإِشْكَالَ نَقْلًا عَنْ شَيْخِهِ وَلَمْ
يَجِبْ عَنْهُ حَيْثُ قَالَ :

وَبِيعَهُ وَحَلَّ وَطْئَهَا لِمَنْ	خَيْرَ قَلْتُ فِيهِ إِشْكَالًا حَسَنًا
أَبْدَاهُ شَيْخِي إِذْ جَمَاعُ الْمُشْتَرِي	إِنْ كَانَ قَدْ خُصَّصَ بِالتَّخْيِيرِ
مَنْ قَبْلَ الْاسْتِبْرَاءِ وَالْاسْتِبْرَاءُ مَا	يَكُونُ إِلَّا بَعْدَ مَلِكٍ لَزَمًا
كَيْفَ وَفِي « الشَّامِلِ » نَقْلٌ يَجْزِمُ	بِأَنَّ وَطءَ الْمُشْتَرِي مُحَرَّمٌ ^(٢)

وَأَجَابَ عَنْهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِ(حُلِّ الْوَطءِ) : حُلُّهُ الْمُسْتَدَّ لِلْمَلِكِ ، لَا لِلْاسْتِبْرَاءِ
وَنَحْوِهِ^(٣) ؛ كَحَيْضٍ وَإِحْرَامٍ ، وَيَبَانُهُ : أَنَّ الْمُرَادَ بِحُلِّ الْوَطءِ لِلْمُشْتَرِي مَعَ عَدَمِ حِسَابِ الْاسْتِبْرَاءِ فِي
زَمَنِ الْخِيَارِ : حُلُّهُ مِنْ حَيْثُ الْمَلِكُ وَانْقِطَاعُ سُلْطَانَةِ الْبَائِعِ ، وَإِنْ حَرَّمَ مِنْ حَيْثُ عَدَمُ الْاسْتِبْرَاءِ . . فَهُوَ
كَحَرَمَتِهِ مِنْ حَيْثُ نَحْوِ حَيْضٍ وَإِحْرَامٍ .

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٤٩) .

(٢) بهجة الحاوي (ص ٨١) .

(٣) كفاية النبيه (٨/٤١٩) .

وإن فُسِّخَ الْعَقْدُ ؛ كَبَيْضٍ . وَلَبَنِ ، وَكَسْبٍ ، وَمَهْرٍ أَمَةٍ وَطُثْتُ بِشُبْهَةٍ ، وَحَمَلٍ حَدَثَ بَعْدَ الْبَيْعِ ، وَحَيْثُ وَقَفَ الْمَلِكُ . . وَقِئْتُ ، وَتَبَيَّنَ لِمَنْ بَانَ لَهُ الْمَلِكُ . (وَيَحْصُلُ الْفُسْخُ وَالْإِجَازَةُ بِاللَّفْظِ) كَفُسَخْتُ ، وَرَفَعْتُ ، وَأَجَزْتُ ، وَأَمْضَيْتُ

قال بعضهم : (وهذا دافع للإشكال مقنع مستمد من قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾) فإن التحريم بعد النكاح دائم ، ولكن لمعنى آخر ؛ وهو النكاح وانقضاء العدة ، ومثله الجلد يطهر بالدباغ ؛ أي : تطهر النجاسة العينية وتبقى الحكمية لا تطهر إلا بالغسل) تدبر^(١) .

قوله : (وإن فسخ العقد) أي : لأن الأصح : أن الفسخ إنما يرفع العقد من حينه لا من أصله .
قوله : (كبيض . . .) إلخ ، أمثلة للزوائد المنفصلة .

قوله : (وحمل حدث بعد البيع) أي : بخلاف حمل موجود عند البيع فإنه كالأم في أنه مبيع لمقابلته بقسط من الثمن ؛ كما لو بيع معها بعد الانفصال ، لا كالزوائد الحاصلة في زمن الخيار فهو مع أمه كعينين بيعتا معاً ، فن فسخ البيع . . فهما للبائع ، وإلا . . فللمشتري .

قوله : (وحيث وقف الملك) أي : للثمن والمثمن [بأن] كان الخيار للبائع والمشتري معاً .
قوله : (وقفت) أي : الزوائد ؛ أي : ملكها .

قوله : (وتبين لمن بان له الملك) أي : من بائع أو مشتر ، ولو اجتمع خيار المجلس لهما والشرط لأحدهما . . فهل يغلب الأول ، فيكون الملك موقوفاً ، أو الثاني فيكون لذلك الأحدهما ؟ الظاهر كما اقتضاه كلامهم : الأول ؛ لأن خيار المجلس كما قاله الشيخان أسرع ثبوتاً من خيار الشرط ؛ لأنه أقصر غالباً^(٢) ، وقول بعضهم : (الظاهر : الثاني ؛ لثبوت خيار الشرط بالإجماع . . بعيد كما لا يخفى) .

قوله : (ويحصل الفسخ والإجازة) أي : للعقد في زمن الخيار .
قوله : (باللفظ) أي : الدال عليهما إما صريح أو كناية .

قوله : (كفسخت ورفعت) أي : البيع ، وكاسترجعت المبيع ورددت الثمن ، وهذا مثال صريح الفسخ .

قوله : (وأجزت وأمضيت) أي : البيع ، أو أمضيته ونحوه ، وهذا مثال صريح الإجازة ولم يذكر مثلاً للكناية في الفسخ ولا الإجازة ، ولعل من كنايات الفسخ : هذا البيع ليس بحسن مثلاً ، والإجازة : الشاء بنحو : هو حسن ، وقول البائع في زمن الخيار للمشتري : لا أبيع حتى تزيد في

(١) انظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (٥٤ / ٢) .

(٢) الشرح الكبير (١٩٣ / ٤) روضة الطالبين (٤٤٧ / ٣) .

(وَوُطْءُ الْبَائِعِ وَإِعْتَاقُهُ) للمبيع (وَتَصَرُّفُهُ) فيه بيع ونحوه ؛ كإجارة ، وتزويج ، أو رهن أو هبة مع القبض فيهما إذا كان الخيار له ، أو لهما (.. فسخ ،)

الثلث أو تعجله وقد عقد بمؤجل فامتنع المشتري .. فسخ ، وكذا قول المشتري : لا أشتري حتى تنقص من الثمن أو تؤجله وقد عقد بحال فامتنع البائع .

قوله : (ووطء البائع) أي : الواضح لواضح علم ، أو ظن أنه المبيع ولم يقصد به الزنا ، ولا كان محرماً عليه بنحو تمجس على الأوجه ؛ كما لو لاط بالغلام ، وكذا بخنثى إن اتضح بعد بالأنوثة ، لا لخنثى أو منه لم يتضح ، وخرج به : مقدماته . « تحفة »^(١) .

قوله : (وإعتاقه) أي : البائع ولو معلقاً ل كله أو بعضه .

قوله : (وتصرفه فيه) أي : تصرف البائع في المبيع زمن الخيار .

قوله : (بيع) أي : ولو بشرط الخيار ، لكن إن كان للمشتري الثاني وحده ، بخلاف ما إذا كان للبائع أو لهما .. فلا يكون البيع حينئذ فسخاً .

قوله : (ونحوه كإجارة) أي : أو وقف .

قوله : (وتزويج) أي : للامة أو العبد . جمل عن الزيادي^(٢) .

قوله : (أو رهن أو هبة) أي : ولو كانت الهبة من فرعه وإن كان متمكناً من الرجوع في هبته له . « غرر »^(٣) .

قوله : (مع القبض فيهما) أي : الرهن والهبة ، بخلاف ما إذا رهنه أو وهبه بلا قبض .. فلا فسخ ؛ لعدم لزومهما حينئذ .

قوله : (إذا كان الخيار له أو لهما) أي : البائع والمشتري ، وهذا قيد في أصل المسألة .

قوله : (فسخ) أي : للبيع ؛ أي : متضمن له ، وهذا خبر لكل من قوله : (ووطء البائع وإعتاقه وتصرفه) ، أما الإعتاق .. فلقوته ، ولذا نفذ قطعاً ، وأما الوطء وبقية التصرفات المذكورة .. فلتضمنها اختيار الإمساك فقدم على أصل بقاء العقد ، ولا يؤثر في كون الوطء فسخاً كونه حراماً فيما إذا كان الخيار لهما ، فإن قيل : قياس ذلك : أن الرجعة تحصل بالوطء .. فالجواب : أن الرجعة لتدارك النكاح وابتدائه لا يحصل بالفعل فكذا تداركه ، والفسخ هنا لتدارك الملك وابتدائه يحصل بالقول والفعل ؛ كالسبي والاحتطاب فكذا تداركه ، فافهم .

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٤٩-٣٥٠) .

(٢) فتوحات الوهاب (٣/١١٨) .

(٣) الغرر البهية (٤/٥٦٣) .

(وَيَصِحُّ) تصرفه المذكور . (وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ مِنَ الْمُشْتَرِي) إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لَهُ ، أَوْ لَهُمَا (إِجَازَةً) وَلَا يَصِحُّ ، وَالْفَرْقُ أَنَّ مِنْ لَازِمِ الْفَسْخِ تَقَدُّمُ الْمَلِكِ قَبْلَهُ ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الصَّحَّةَ تَتَأَخَّرُ عَنِ الْفَسْخِ فَيَقْدَرُ قَبْلَ التَّصَرُّفِ ، وَلَا كَذَلِكَ فِي الْإِجَازَةِ ،

قوله : (ويصح تصرفه المذكور) أي : مطلقاً سواء أذن له المشتري أم لا فيما إذا كان الخيار لهما ، ولعل الفرق بين تصرف البائع حيث لم يتوقف نفوذه على إذن المشتري كما اقتضاه إطلاقه ، وبين تصرف المشتري حيث توقف نفوذه على إذن البائع على ما سيأتي تحريره : أن تسلط البائع على المبيع أقوى ؛ لسبق ملكه له ، بخلاف تسلط المشتري فإنه ضعيف ؛ لطريان ملكه ، تدبر .

قوله : (وهذه التصرفات) أي : من الوطاء والإعتاق ، وغيرهما مما مر .

قوله : (من المشتري) أي : سواء كان بإذن البائع أم لا .

قوله : (إذا كان الخيار له) أي : للمشتري .

قوله : (أو لهما) أي : المشتري والبائع .

قوله : (إجازة) أي : للشراء ؛ لأنها مشعرة باختيار الإمساك .

قوله : (ولا يصح) أي : كل من التصرفات المذكورة ، قال في « التحفة » : (إلا إن تخير أو أذن له البائع أو كانت معه . . . إلخ^(١) ، وقال في « شرح المنهج » : (والإعتاق نافذ منه إن كان الخيار له أو أذن له البائع ، وغير نافذ إن كان للبائع ، وموقوف إن كان لهما ولم يأذن له البائع ، ووطؤه حلال إن كان الخيار له ، وإلا . . . فحرام ، والبقية صحيحة إن كان الخيار له أو أذن^(٢) له البائع ، وإلا . . . فلا) انتهى ملخصاً^(٣) ، وبه تعلم ما في كلام الشارح هنا .

قوله : (والفرق) أي : بين تصرفات البائع ، حيث تصح وبين تصرفات المشتري حيث لا تصح على ما فيه من التفصيل كما تقرر .

قوله : (أن من لازم الفسخ تقدم الملك قبله) عبارة « الفتح » : (تقدير الملك قبله)^(٤) .

قوله : (فيقدر قبل التصرف) أي : يقدر الفسخ قبيل تصرفه ؛ كما يقدر الملك قبيل العتق فيما لو قال لغيره : أعتق عبدك عني بكذا فأجابه .

قوله : (ولا كذلك في الإجازة) أي : ليس من لازمها تقدير الملك قبلها .

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٥٠) .

(٢) في الأصل : (وأذن) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) فتح الوهاب (١/١٧٠) .

(٤) فتح الجواد (١/٤٠٣) .

على أنه يترتب عليها ضرر الآخر ؛ لأنها تسقط خياره ، ومجرد الإجازة لا تسقطه ، وليس نحو العرض في البيع ، وإنكاره فسخاً ولا إجازة .

(فصل)

في خيار النقص

(يثبت) لكل من البائع والمشتري

قوله : (على أنه يترتب عليها) أي : صحة التصرفات من المشتري إن قلنا بها .

قوله : (ضرر الآخر) أي : وهو البائع هنا .

قوله : (لأنها تسقط خياره) أي : الآخر .

قوله : (ومجرد الإجازة لا تسقطه) أي : خيار الآخر فإنه إذا شرط الخيار لهما . ارتفع جميع العقد من جهتهما بفسخ أحدهما لا بإجازته ، بل يبقى للآخر ؛ لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها ، تأمل .

قوله : (وليس نحو العرض في البيع) أي : عرض البائع أو المشتري المبيع على البيع في زمن الخيار ، ولعله أراد به (النحو) : التوكيل في البيع .

قوله : (وإنكاره) أي : البيع .

قوله : (فسخاً ولا إجازة) أي : ليس ذلك فسخاً من البائع ولا إجازة من المشتري ؛ لعدم إشعاره من البائع بعدم البقاء عليه ، ومن المشتري بالبقاء عليه ، ولأنه قد يقصد أن يستبين ما يدفع فيه أربح أم خسر ، وما قيل : إن ذلك فسخ وإجازة ؛ قياساً على الرجوع في الوصية . مردود بأن الوصية ضعيفة ؛ لأنه لم يوجد في حياة الموصي إلا أحد شقي العقد ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل : في خيار النقص) هو المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي أو تغير فعلي أو قضاء [عرفي] ، ومر الكلام على الأول في (فصل : ويطل إذا شرط فيه شرط) ، ويأتي ما يتعلق بالثاني في (فصل : تحرم التصرية) ، وبدأ هنا بالثالث ؛ لطول الكلام عليه فيحتاج إلى توفر الهمة وعدم فتورها بغيرها أولاً ، فافهم .

قوله : (يثبت لكل من البائع والمشتري) أي : فلا يختص ثبوت الخبر بالمشتري ، فمن اقتصر عليه . فإنما جرى على الغالب من انضباط الثمن ، فيقل : ظهور العيب فيه ، قال (ع ش) : (وأيضاً : فالمبيع مقصود للمشتري ، وأما الثمن . . فليس مقصوداً للبائع) .

(الرُّدُّ) لِمَا أَخَذَهُ مِنَ الْمَبِيعِ أَوْ الثَّمَنِ عَلَىٰ مُعْطِيهِ بِهِ (بِالْعَيْبِ) الَّذِي وَجَدَهُ فِيمَا أَخَذَهُ (وَهُوَ) هُنَا (مَا يَنْقُصُ) بِتَخْفِيفِ الْقَافِ فِي الْأَفْصَحِ

قوله : (الرد) أي : الخيار في الرد حيث كان جاهلاً بالعيب ، بخلاف ما إذا كان عالماً به .. فلا خيار له .

قوله : (لما أخذه من المبيع) أي : المعين وغيره ، لكن يشترط في المعين الفور ، بخلاف غيره كما يأتي عند قول المصنف : (والرد على الفور) .

قوله : (أو الثمن) أي : المعين وغيره ؛ كأن كان في الذمة ، لكن إن كان معيناً ورده .. انفسخ ، وإن كان في الذمة .. لا يفسخ العقد وله بدله ، ولا يشترط لرده الفورية ، بخلاف الأول . (ع ش) ^(١) .

قوله : (بالعيب) أي : القديم ، والمراد به (قدمه) : كونه موجوداً عند العقد ، أو حدث قبل القبض كما يعلم من كلامه الآتي ؛ أما المقارن .. فبالإجماع ، وأما الحادث قبل القبض .. فلأن المبيع حينئذ من ضمان البائع فكذا جزؤه وصفته .

قوله : (فيما أخذه) أي : من المبيع أو الثمن .

قوله : (وهو هنا ...) إلخ ؛ أي : العيب في هذا الباب ؛ كالزكاة والغرة والصداق إذا لم يفارق قبل الدخول ، واحترز بقوله : (هنا) عن عيب الكفارة ؛ فإنه ما أضر بالعمل إضراراً بيناً ، وعيب الأضحية والهدي والعقيقة ؛ فإنه ما نقص اللحم ، وعيب النكاح ؛ فإنه ما نفر عن الوطء ، وعيب الصداق إذا فارق قبل الدخول .. فإنه ما فات [به] غرض صحيح سواء كان الغالب في أمثاله عدمه أم لا ، وعيب الإجارة ؛ فإنه ما يؤثر في المتعة تأثيراً يظهر به تفاوت الأجرة ، وعيب الرهن ؛ فإنه ما نقص القيمة فقط ، فتلخص منه : أن العيوب سبعة أقسام .

قوله : (ما ينقص ...) إلخ ، هذا هو الضابط هنا ، وفيه إشارة إلى أنه لا مطمع في استيفاء العيوب المثبتة للرد ، ولكن قيل : الصواب في التعبير أن يقال : ثبت الرد بكل ما ينقص القيمة نقصاً لا يتغابن بمثله ، أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في جنس المبيع عدمه ، فليتأمل ^(٢) .

قوله : (بتخفيف القاف في الأفصح) يعني : فتح الياء وضم القاف كيخرج ، ووجه الأفصحية : أنها لغة القرآن ، قال تعالى : ﴿ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصْكُمْ شَيْئًا ﴾ ، ويقال : بضم الياء وكسر القاف

(١) حاشية الشيراملسي (٢٥/٤) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٦٠/٢) .

(الْقِيَمَةُ) (وإن لم ينقص العين كأن اشترى نحو كاتب مثلاً ، فنسي الكتابة قبل القبض ، فيخير وإن لم يكن فوات نحو الكتابة عيباً فيمن لم يتصف بها قط . (أو) ينقص (العين) وإن لم ينقص القيمة (نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه)

المشدة من التنقيص ، وهي ضعيفة ، وكذا ضم الياء وسكون النون وكسر القاف ، ففيه ثلاث لغات كما ذكره في « المصباح »^(١) .

قوله : (القيمة) أي : للمبيع أو الثمن .

قوله : (وإن لم ينقص العين) أي : ومن باب أولى إذا نقص العين .

قوله : (كأن اشترى نحو كاتب) أي : بأن شرط كونه كاتباً ؛ أي : أو خبازاً (مثلاً) .

قوله : (فنسي الكتابة قبل القبض) أي : أو بعده ، لكن استند إلى سبب متقدم ؛ أخذاً مما سيأتي .

قوله : (فيخير) أي : المشتري في الرد .

قوله : (وإن لم يكن فوات نحو الكتابة عيباً فيمن لم يتصف بها قط) أي : لكنها من الأوصاف المقصودة لزيادة القيمة ، ولو مات العبد المشروط كتابته قبل اختباره فادعى المشتري أنه لا يحسن الكتابة والبائع أنه يحسنها . صدق المشتري بيمينه ؛ لأن الأصل : عدمه ، ولو لم يمت العبد فادعى نسيان الكتابة مع المشتري وأمكن . صدق المشتري أيضاً على الأوجه ؛ لأنها عارضة ، والأصل : عدمها ، أفاده (سم) فليتامل^(٢) .

قوله : (أو ينقص العين) أي : للمبيع أو الثمن .

قوله : (وإن لم ينقص القيمة) أي : كالخصاء ، قاله في « الفتح »^(٣) .

قوله : (نقصاً يفوت به غرض صحيح) قيد لنقص العين خاصة على ما سيأتي في الشرح .

قوله : (إذا غلب في جنس المبيع) أي : والثمن .

قوله : (عدمه) أي : النقص ، وهذا قيد لنقص العين والقيمة معاً كما سيأتي أيضاً ، والمعتبر في الغلبة فيه بالعرف العام لا في محل البيع وحده على ما بحثناه في « التحفة » و « النهاية »^(٤) ، لكن قال (ع ش) : (بل الذي يظهر : اعتبار محل العقد ؛ فإنه الذي ينصرف إليه الاسم عند إطلاق

(١) المصباح المنير ، مادة : (نقص) .

(٢) حاشية ابن قاسم على الغرر (٥٧٠ / ٤) .

(٣) فتح الجواد (٤٠٦ / ١) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٥٧ / ٤) ، نهاية المحتاج (٣٤ / ٤) .

بخلاف قطع إصبع زائدة . وقطع فلقة يسيرة لم تشن ، ولا فوت غرضاً صحيحاً ؛ إذ لا ضرر ،
وبخلاف الثيابة في سن تعهد فيه لغلبتها . وبخلاف نحو غلظ صوت ، ورطوبة كلام ممّا لا ينقص
عيناً ولا قيمة

المتعاقدين . . .) إلخ^(١) ، وسيأتي عن البصري ما يوافقه .

قوله : (بخلاف قطع إصبع زائدة) محترز قوله : (يفوت به غرض صحيح) .

قوله : (وقطع فلقة يسيرة) بكسر الفاء كما هو المسموع من المشايخ ، قال في « المصباح » :
(الفلقة : القطعة وزناً ومعنى)^(٢) .

قوله : (لم تشن) بفتح التاء وكسر المعجمة : لم تورث شيئاً ، يقال : شأنه يشينه : ضد زانه
يزينه .

قوله : (ولا فوت غرضاً صحيحاً) أي : كأن كانت من فخذ أو ساق ، بخلافهما من إذن شاة ؛
فإنه يفوت غرضاً كالأضحية فيكون ذلك عيباً .

قوله : (إذ لا ضرر) أي : فلا يكون ذلك عيباً كالختان بعد الاندمال .

قوله : (وبخلاف الثيابة) أي : زوال البكارة ، وهذا محترز قوله : (إذا غلب في جنس المبيع
عدمه) بالنسبة لنقص القيمة وإن انضم إليه نقص العين أيضاً كما هو ظاهر .

قوله : (في سن تعهد فيه) أي : بأن غلب وجودها ، أو استوى هو وعدمها ؛ ويظهر ضبط
الأول ببنت سبع ، والثاني بما قاربها ، بخلاف ما لم يقاربها فتكون الثيوبة فيه عيباً ، كذا نقل عن
الشارح .

قوله : (لغلبتها) أي : الثيوبة في ذلك السن فلا يكون عيباً ؛ كبول الطفل ؛ فإنه وإن نقص
القيمة لا يغلب عدمه .

قوله : (وبخلاف نحو غلظ صوت . . .) إلخ ، محترز قوله : (ينقص القيمة والعين معاً) .

قوله : (مما لا ينقص عيناً ولا قيمة) أي : ككون العبد سيء الأدب أو حجماً أو أكولاً أو قليل
الأكل ، بخلاف قليل أكل الدابة ، والفرق بينهما : أن قلة الأكل محمودة في الآدمي شرعاً وعرفاً ،
بخلافها في الدابة ، وككون العبد عنيماً والأمة محرماً للمشتري ، بخلاف المعتدة ؛ لأن التحريم ثم
عام فيقلل الرغبة ، بخلافه هنا ، وككونها صائمة ؛ لأن الصوم لا يمنع الخدمة ، بخلاف الإحرام

(١) حاشية الشيرازي (٣٤/٤) .

(٢) المصباح المنير ، مادة : (فلق) .

فَعِلِمَ أَنَّ قَوْلَهُ : (يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ) رَاجِعٌ لِنَقْصِ الْعَيْنِ فَقَطْ ، وَمَا بَعْدَهُ رَاجِعٌ لَهُمَا . وَغَلْبَةُ تَرْكِ الصَّلَاةِ فِي الْأَرْقَاءِ إِنَّمَا هُوَ لَتَقْصِيرِ السَّادَةِ ؛ فَلَمْ يُنْظَرْ إِلَيْهِ ، كَذَهَابِ الْأَشْفَارِ فِي بَعْضِ الْأَنْوَاعِ ؛ لِأَنَّهُ - وَإِنْ كَثُرَ - فِي نَوْعٍ قَلِيلٍ بِالنِّسْبَةِ لَجُمْلَةِ الرَّقِيقِ

فَإِنْ أَعْمَالُهُ تَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ ، أَفَادَهُ فِي « الْأَسْنَى » ^(١) .

قوله : (فعلم) أي : مما قرره في القيدتين .

قوله : (أن قوله) أي : المصنف .

قوله : (يفوت به غرض صحيح) أي : من أغراض الناس المطلوبة لهم عرفاً .

قوله : (راجع لنقص العين فقط) أي : ولا يرجع إلى نقص القيمة ، كذا في « الفتح » وغيره ^(٢) ، لكن قال في « التحفة » : (ويصح جعله قيداً لنقص القيمة أيضاً ؛ احترازاً من نقص يسير يتغابن به) ، ونحوه في « النهاية » ^(٣) .

قوله : (وما بعده) أي : وعلم : أن ما بعده ؛ وهو قوله : (إذا غلب في جنس المبيع عدمه) .

قوله : (راجع لهما) أي : لنقص العين ونقص القيمة معاً .

قوله : (وغلبة ترك الصلاة في الأرقاء . . .) إلخ ، جواب عما أورد على الضابط المذكور ؛ وذلك أنهم صرحوا على أن من عيوب الرقيق ترك الصلاة ، وقضية الضابط : عدم الرد به ؛ لاعتبار قيد الغلبة فيه ، تأمل .

قوله : (إنما هو لتقصير السادة) خير (وغلبة . . .) إلخ .

قوله : (فلم ينظر إليه) أي : إلى هذا التقصير ، بل هو عيب مثبت للرد وإن كان الغالب في الأرقاء تركهم لها .

قوله : (كذهاب الأشفار في بعض الأنواع) أي : أنواع الجارية فإنها غالب فيها ، ومع ذلك عدوه عيباً مثبتاً للرد ، والأشفار : جمع شفر بضم الشين ؛ وهو حرف الفرج .
قوله : (لأنه) أي : ذهاب الأشفار .

قوله : (وإن كثر في نوع قليل بالنسبة لجمله الرقيق) أي : فلا نظر لغلبته في نوع ، ولأن محل الضابط على ما سيأتي عن « التحفة » و « النهاية » فيما لم ينصوا على أنه عيب أو غير عيب ^(٤) .

(١) أسنى المطالب (٦٠/٢) .

(٢) فتح الجواد (٤٠٧/١) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٥٧/٤) ، نهاية المحتاج (٣٣/٤) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٥٧/٤) ، نهاية المحتاج (٣٤/٤) .

وَيَتَخَيَّرُ بِالْعَيْبِ (سَوَاءٌ قَارَنَ الْعَقْدَ أَوْ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ) وَكَذَا بَعْدَهُ لَكِنْ إِنْ أَسْتَدَّ إِلَى سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ عَلَى الْقَبْضِ كَقَتْلِهِ بِجَنَائَةٍ سَابِقَةٍ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ

قوله : (ويتخير بالعيب) دخول على المتن .

قوله : (سواء قارن العقد) أي : بأن كان موجوداً قبله وبقي إلى حين الفسخ ، قال في « التحفة » : (وإن قدر من خيرٍ على إزالة العيب ؛ أي : بمشقة .

نعم ؛ لو اشتري محرماً بنسك بغير إذن سيده . . لم يتخير ؛ لقدرته على تحليله كالبايع ؛ أي :
لأنه لا مشقة فيه ، ولا نظر هنا لكونه يهاب الإقدام على إبطال العبادة ؛ لأن الرد لكونه قد يستلزم
فوات مالٍ على الغير لا بدّ له من سبب قوي ، وهذا ليس منه ، بخلافه في نحو التمتع بالحليلة الآتي
في النفقات ، فتأمله)^(١) .

قوله : (أو حدث قبل القبض) أي : أو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض للمبيع ولو حدث قبل القبض سبب متقدم رضي به المشتري ؛ كما لو اشترى بكرة مزوجة عالمأ فأزال الزوج بكارتها . قال السبكي : لم أر فيه نقلاً ، والأقرب : القطع بأنه لا يوجب الرد ؛ لرضاه بسببه ، واعتمده جمع ، ونازعه في « التحفة » بأنه لا عبرة بالرضا بالسبب مع كون الضمان على البائع ، فالأخذ بإطلاقهم غير بعيد ، وبهذا يفرق بين هذا وقوله الآتي : (إن استند إلى سبب متقدم) لأنه فيما حدث بعد القبض وفيما لم يرض به المشتري ، فتأمل^(٢) .

قوله : (وكذا بعده) أي : القبض .

قوله : (إن استند إلى سبب متقدم على القبض) أي : وقد جهله ، ولم يبينوا حكم المقارن للقبض مع أن حكم مفهوم قبل وبعد فيه متنافٍ ، والذي يظهر : أن له حكم ما قبل القبض ؛ لأن يد البائع عليه حساً ، فلا يرتفع ضمانه إلا بتحقيق ارتفاعها ، وهو لا يحصل إلا بتمام قبض المشتري له سليماً ، فيثبت بذلك الخيار ، على أنه يمكن أن يقال بشمول قول المصنف : (قبل القبض) له بأن يراد به : ما قبل تمامه .

قوله : (كقتله بجناية سابقة) أي : على القبض ، أو قطعه بسرقة سابقة عليه ، وزوال بكارتها بزواج متقدم فيثبت بذلك الرد في الأصح ؛ إحالة على السبب .

قوله : (وذلك) أي : ثبوت الخيار .

قوله : (لأنه) أي : المبيع .

(١) تحفة المحتاج (٣٥١/٤).

(٢) تحفة المحتاج (٣٥٨/٤).

حيثُثِدَ مِنْ ضَمَانِ أَلْبَانِع ، ثُمَّ أَلْعِيبُ الْمَذْكُورُ لَا مَطْمَعَ فِي اسْتِيفَاءِ أَفْرَادِهِ ، وَإِنَّمَا ذَكَرُوا مِنْهَا صُوراً لِنَقَاسِ بَاقِيهَا (كَرْنَاهُ) أَي : أَلْقِنَ ، وَتَمَكِّينَ الذَّكْرَ مِنْ نَفْسِهِ ، (وَسَرَقْتِهِ)

قوله : (حيثُثِدَ) أي : حين إذ كان قبل القبض .

قوله : (من ضمان البائع) أي : فكذا جزؤه وصفته ، بخلاف حدوث العيب بعد القبض ولم يستند إلى سبب متقدم فإنه لا يثبت الرد ؛ لأنه بالقبض صار من ضمان المشتري فكذا جزؤه وصفته .

نعم ؛ محل ذلك بعد لزوم العقد ، أما قبله . . فقال ابن الرفعة : الأرجح : بناؤه على انفساخه بتلفه حيثُثِدَ ، والأصح : أنه إن كان الملك للبائع . . انفسخ ، وإلا . . فلا ، فإن قلنا : ينفسخ . . تخير بحدوثه ؛ لأن من ضمن الكل . . ضمن الجزء أو لا . . فلا أثر لحدوثه .

قوله : (ثم العيب المذكور) أي : المثبت للخيار .

قوله : (لا مطمع في استيفاء أفراده) أي : لا موضع للطمع في استيفائها ، وإنما التعويل فيه على الضابط الذي ذكره المصنف آنفاً .

قوله : (وإنما ذكروا) أي : الفقهاء .

قوله : (منها) أي : العيوب .

قوله : (صوراً لنقاس بها باقيها) أي : مما هو داخل في الضابط السابق ، والكلام على ما أفاده في « التحفة » فيما لم ينصوا على أنه عيب أو غير عيب ؛ وإلا . . لم يؤثر ما يخالفه مطلقاً^(١) ، ولكن نازعه السيد عمر بأن الحكمة في مشروعية الرد بالعيب دفع الضرر عن المشتري ، وقد يكون الشيء عيباً منقصاً للقيمة في محل دون آخر ، ومن نص من الأئمة على كون الشيء عيباً أو غير عيب . . إنما هو لكونه عرف محل وناحيته ، والمعول عليه الضابط الذي قرروه ، وإذا كان نصوص الكتاب والسنة تقبل التخصيص ويدور حكمها مع العلة وجوداً وعدماً . . فما بالك بغيرها . . إلخ ما أطال ، فليراجع وليتأمل .

قوله : (كرنَاهُ ؛ أي : ألقن) أي : الذكر أو الأنثى .

قوله : (وتمكين الذكر من نفسه) أي : ولواطه .

قوله : (وسرقته) أي : ولو لاختصاص كما شمله إطلاقهم ، وكذا أخذه نهباً إلا في دار الحرب ؛ لأن المأخوذ ثم غنيمة .

وإِذَا كَانَ صَغِيرًا ، أَوْ لَمْ يَتَكَرَّرْ مِنْهُ ذَلِكَ وَتَابَ . وَكَتَنَؤَلِهِ لِمُسْكِرٍ أَوْ مُخَدِّرٍ ، وَكَوْنُهُ نَمَامًا ، أَوْ كَذَابًا ، أَوْ قَاذِفًا ،

قوله : (وإياقه) بكسر الهمزة : وهو التغيب عن سيده ولو لمحل قريب في البلد كما شمله إطلاقهم أيضاً ، إلا إذا جاء إلينا مسلماً من بلاد الهدنة ؛ لأن هذا إباق مطلوب .

قوله : (وإن كان صغيراً) أي : له نوع تمييز ، وهذا راجع لجميع الصور المذكورة .

قوله : (أَوْ لَمْ يَتَكَرَّرْ مِنْهُ ذَلِكَ) أي : الزنا وما بعده ؛ بأن كان مرة فقط .

قوله : (وتاب) أي : من ذلك وحسن حاله ؛ لأنه قد يألّفه ، ولأن تهمة لا تزول ، ولهذا :

لا يعود إحصان الزاني بتوبته .

نعم ؛ محل الرد بالإباق كما في « التحفة » وغيرها : إذا عاد ، وإلا . . فليس له الفسخ قبل عوده ، ومن لازمه عدم المطالبة بالأرث^(١) ، وهذا مصور بما إذا أبق في يد المشتري وكان أبق في يد البائع ، وإنما رد مع حصوله في يده ؛ لأنه من آثار ما حصل في يد البائع ، ولا فرق بين أن يكون ما في يد المشتري أكثر وينتص به المبيع أو لا ، هذا هو المعتمد من خلاف فيه . (سم)^(٢) .

قوله : (وكتناولوه) أي : القن ، عطف على (كزناه) ، وإنما أعاد الكاف ؛ لاختلاف حكمه وما بعده بالتوبة كما سيأتي .

قوله : (لمسكر أو مخدر) أي : وإن لم يسكر بذلك ، ويحث أن محله في القن المسلم دون من يعتاد ذلك من الكفار فإنه غالب فيهم ، ونظر فيه ، ورد بأنه ظاهر مأخوذ من الضابط السابق^(٣) .

قوله : (وكونه) أي : القن .

قوله : (نماماً أو كذاباً) عبروا هنا كشتاماً الآتي بالمبالغة لا في نحو قاذفاً فيحتمل الفرق ، ويحتمل أن الكل السابق واللاحق على حد سواء في أنه لا بد أن يكون كل من ذلك صار كالطبع له ؛ أي : بأن يعتاده عرفاً ، نظير ما مر ، لكن يشكل عليه بحث الزركشي : أن ترك صلاة واحدة يقتل بها عيب إلا أن يجاب بأن هذا صيره مهذراً ، وهو أقبح العيوب . « تحفة »^(٤) .

قوله : (أَوْ قَاذِفًا) أي : ولو لغير المحصنات ، فمطلق القذف كاف في ثبوت الرد به ، خلافاً لمن زعم خلافه .

(١) تحفة المحتاج (٣٥٤/٤) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣٥٤/٤) .

(٣) انظر « حاشية الشرواني » (٣٥٥/٤) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٥٥/٤) .

أَوْ سَاحِرًا ، أَوْ شَتَامًا ، أَوْ مُقَامِرًا ، أَوْ تَارِكًا لِلصَّلَاةِ مَا لَمْ يَتُبْ . (وَكَبُولُهُ فِي الْفِرَاشِ إِنْ صَارَ عَادَةً لَهُ وَهُوَ كَبِيرٌ) أَي : أَبْنُ سَبْعِ سَنِينَ تَقْرِيْبًا ، وَكَوْنُهُ أَسْوَدَ اللِّسَانِ ،

قوله : (أَوْ سَاحِرًا) أَي : أَوْ مُرْتَدًّا ، قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ : فَإِنْ تَابَ قَبْلَ الْعِلْمِ . . فَقِيلَ : عَيْبٌ ، وَالْمَذْهَبُ : الْمَنْعُ ، وَهُوَ الْمَعْتَمَدُ .

قوله : (أَوْ شَتَامًا أَوْ مُقَامِرًا) أَي : أَوْ^(١) مُخْتَلًا - بِفَتْحِ النُّونِ وَكُسْرِهَا - وَهُوَ أَفْصَحُ ، وَالْفَتْحُ أَشْهُرُ ؛ وَهُوَ الَّذِي تُشَبِّهُ حَرَكَاتُهُ حَرَكَاتَ النِّسَاءِ خَلْقًا أَوْ تَخْلُقًا . « أَسْنَى »^(٢) .

قوله : (أَوْ تَارِكًا لِلصَّلَاةِ) أَي : وَلَوْ وَاحِدَةً حَيْثُ قُتِلَ بِهَا كَمَا مَرَّ عَنْ بَحْثِ الزَّرْكَشِيِّ .

قوله : (مَا لَمْ يَتُبْ) هَذَا قَيْدٌ لِكُلِّ مَنْ تَنَاوَلَ الْمُسْكِرَ وَمَا بَعْدَهُ ، فَإِنْ تَابَ . . لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ عَيْبًا ؛ لِأَنَّ التَّوْبَةَ تَجِبُ مَا قَبْلَهَا ، وَإِنَّمَا خُولِفَ فِي نَحْوِ الزِّنَا ؛ لَمَّا مَرَّ ، وَظَاهِرٌ : أَنَّهُ لَا يَكْتَفَى فِي تَوْبَتِهِ بِقَوْلِ الْبَائِعِ ، وَهَلْ يَشْتَرِطُ لَصَحَّةِ تَوْبَةٍ مِنْ شَرْبِ الْخَمْرِ وَنَحْوِهِ مُضِيَّ مَدَّةِ الْإِسْتِبْرَاءِ وَهُوَ سَنَةٌ ، أَوْ لَا ؟ اسْتَقْرَبَ (ع ش) الثَّانِي^(٣) .

قوله : (وَكَبُولُهُ فِي الْفِرَاشِ) ذَكَرَ كَانَ أَوْ أُنْثَى .

قوله : (إِنْ صَارَ عَادَةً لَهُ) أَي : عَرَفَا ، فَلَا يَكْفِي مَرَّةً فِيمَا يَظْهَرُ ؛ لِأَنَّهُ كَثِيرًا مَا يَعْرِضُ الْمَرَّةَ بِلِ وَالْمَرَّتَيْنِ ثُمَّ يَزُولُ . « تَحْفَةٌ »^(٤) .

قوله : (وَهُوَ كَبِيرٌ ؛ أَي : ابْنُ سَبْعِ سَنِينَ تَقْرِيْبًا) أَي : لِأَنَّهُ يَقِلُّ الرِّغْبَةُ فِيهِ ، وَمَحَلُّهُ : إِنْ وَجَدَ الْبُولَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي أَيْضًا ، وَإِلَّا . . فَلَا رَدَّ ؛ لِتَبَيُّنِ أَنَّ الْعَيْبَ زَالٌ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنَ الْأَوْصَافِ الْخَبِيْثَةِ الَّتِي يَرْجَعُ إِلَيْهَا الطَّبْعُ ، بِخِلَافِ الزِّنَا وَنَحْوِهِ ، وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ إِلَّا بَعْدَ كِبَرِهِ . . فَلَا رَدَّ بِهِ ، وَلَكِنْ لَهُ الْأَرْشُ كَمَا فِي « التَّحْفَةِ » وَ« الْمَغْنِيِّ » لِأَنَّ عِلَاجَهُ فِي الْكِبَرِ لَمَّا صَعِبَ . . صَارَ كِبَرُهُ عَيْبًا حَدَثًا^(٥) ، وَاعْتَمَدَ الرَّمْلِيُّ وَابْنُ قَاسِمٍ جَوَازَ الرَّدِّ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَثَارِ مَا كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ^(٦) ، وَيُؤَيِّدُ الْأَوَّلَ مَا يَأْتِي فِي الْمَرَضِ ، فَلْيَتَأَمَّلْ .

قوله : (وَكَوْنُهُ) أَي : الْقَنُ .

قوله : (أَسْوَدَ اللِّسَانِ) أَي : أَوْ أَكْلًا لِلطَّيْنِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : (وَلَوْ) ، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَثْبَتَ ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

(٢) أَسْنَى الْمَطَالِبِ (٥٨ / ٢) .

(٣) حَاشِيَةُ الشُّبْرَامِلِيِّ (٢٨ / ٤) .

(٤) تَحْفَةُ الْمُحْتَاجِ (٣٥٤ / ٤) .

(٥) تَحْفَةُ الْمُحْتَاجِ (٣٥٤ / ٤) ، مَغْنِيُّ الْمُحْتَاجِ (٦٨ / ٢) .

(٦) نِهَآيَةُ الْمُحْتَاجِ (٢٩ / ٤) ، حَاشِيَةُ ابْنِ قَاسِمٍ عَلَى التَّحْفَةِ (٣٥٤ / ٤) .

أَوْ أَرَتْ لَا يُفْهِمُ ، أَوْ أَلْثَغَ ، أَوْ أَلْبَلَهَ ، أَوْ بِهِ بَخَرٌ أَوْ صُنَانٌ مُسْتَحْكِمٌ لَا يَذْهَبُ بِالْمَعَالِجَةِ ، أَوْ بِهِ كَلَفٌ ، أَوْ بِهِقٌ ، أَوْ تَغْيِيرُ سِنٍّ ، أَوْ نَبَاتُهُ بِغَيْرِ مَنبِتِ الْأَسْنَانِ ،

قوله : (أَوْ أَرَتْ لَا يُفْهِمُ) أي : لَا يُفْهِمُ كَلَامَهُ غَيْرَهُ .

قوله : (أَوْ أَلْثَغَ) أي : أَوْ تَأْتَاءُ أَوْ فَأَفَاءَ .

قوله : (أَوْ أَلْبَلَهَ) هو من غلب عليه سلامة الصدر ، روي : « أَنْ أَكْثَرَ أَهْلَ الْجَنَّةِ الْبَلَهَ »^(١) ؛ أي : فِي أَمْرِ الدُّنْيَا ؛ لِقَلَّةِ اهْتِمَامِهِمْ بِهَا ، وَهُمْ أَكْيَاسٌ فِي أَمْرِ الْآخِرَةِ ، وَحَمَلَ بَعْضُهُمُ الْأَلْبَلَهَ عَلَى مَعْنَى لَطِيفٍ ، وَهُوَ : مَنْ يَعْمَلُ لِأَجْلِ النَّعِيمِ ، وَغَيْرِهِ : هُوَ الَّذِي يَعْمَلُ لَوَجْهِ اللَّهِ تَعَالَى ، فَأَكْثَرَ أَهْلَ الْجَنَّةِ مِنَ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ ، فَهُوَ لَيْسَ بِمَذْمُومٍ ، وَلَكِنْ الْقِسْمُ الثَّانِي أَعْلَى . « مَغْنِي »^(٢) .

قوله : (أَوْ بِهِ بَخَرٌ) بَفَتْحَتَيْنِ : وَهُوَ نَتْنُ الْفَمِ النَّاشِئُ مِنْ تَغْيِيرِ الْمَعْدَةِ .

قوله : (أَوْ صُنَانٌ) بِضَمِّ الصَّادِ : وَهُوَ ذَفَرُ الْإِبْطِ .

قوله : (مُسْتَحْكِمٌ) بِكَسْرِ الْكَافِ : نَعْتٌ لِكُلِّ مِنَ الْبَخَرِ وَالصَّنَانِ .

قوله : (لَا يَذْهَبُ بِالْمَعَالِجَةِ) أي : لِتَعَذُّرِ زَوَالِهِ حِينَئِذٍ ، دُونَ مَا يَكُونُ مِنْ قَلْحِ الْأَسْنَانِ فَإِنَّهُ يَسْهَلُ زَوَالُهُ ، عَلَى أَنَّهُ لَا يُسَمَّى بِالْبَخَرِ ، وَدُونَ مَا يَكُونُ لِعَارِضِ عَرَقٍ أَوْ حَرَكَةِ عَنِيفَةٍ أَوْ اجْتِمَاعٍ وَسَخٍ .

قوله : (أَوْ بِهِ كَلَفٌ) بَفَتْحَتَيْنِ : وَهُوَ كَمَا فِي « الصَّحَاحِ » : شَيْءٌ يَعْلُو الْوَجْهَ كَالْمَسْمَسِ ، وَلَوْ بَيْنَ السَّوَادِ وَالْحَمْرَةِ ، وَحُمْرَةُ كَدْرَةٍ تَعْلُو الْوَجْهَ^(٣) ، قَالَ فِي « الْأَسْنَى » : (وَكِلَاهُمَا عَيْبٌ)^(٤) .

قوله : (أَوْ بِهِقٌ) بَفَتْحَتَيْنِ أَيْضاً : وَهُوَ بَيَاضٌ رَقِيقٌ ظَاهِرُ الْبَشَرَةِ ؛ لِسُوءِ مَزَاجِ الْعَضْوِ إِلَى الْبُرُودَةِ وَغَلْبَةِ الْبَلْغَمِ عَلَى الدَّمِ ، قَالَ فِي « الْأَسْنَى » : (وَلَيْسَ مِنَ الْبَرَصِ ، فَعَلِمَ مِنْهُ حُكْمُ الْبَرَصِ وَالْجَذَامِ كَمَا عَلِمَ مِنَ الضَّابِطِ)^(٥) .

قوله : (أَوْ تَغْيِيرُ سِنٍّ) أي : بِالسَّوَادِ أَوْ الْخَضِرَةِ أَوْ الزَّرْقَةِ أَوْ الْحَمْرَةِ ، أَفَادَهُ فِي « الْأَسْنَى »^(٦) .

قوله : (أَوْ نَبَاتُهُ بِغَيْرِ مَنبِتِ الْأَسْنَانِ) أي : وَتَسْمَى بِالسِّنِّ الشَّاعِيَةِ ، قَالَ فِي « الْقَامُوسِ » :

(١) أَخْرَجَهُ الْبِزَارُ (٦٣٣٩) عَنْ سَيِّدِنَا أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

(٢) مَغْنِي الْمُحْتَاجِ (٦٨/٢ - ٦٩) .

(٣) الصَّحَاحُ (٢٧٨/٣) ، مَدَّةٌ : (كَلَفٌ) .

(٤) أَسْنَى الْمُطَالِبِ (٥٩/٢) .

(٥) أَسْنَى الْمُطَالِبِ (٥٨/٢) .

(٦) أَسْنَى الْمُطَالِبِ (٥٩/٢) .

أَوْ أَثَرُ نَحْوِ كَيْ شَائِنٍ ، أَوْ فَقْدُ نَحْوِ ذَوْقٍ ، أَوْ شَعَرٍ وَلَوْ لِعَانَةٍ ، أَوْ حَيْضٍ فِي أَوَانِهِ . (وَكَجَمَاحِ الدَّابَّةِ وَرَمَحِهَا وَعَضَّهَا)

(الشفا : اختلاف نبتة الأسنان بالطول والقصر والدخول والخروج)^(١) .

قوله : (أَوْ أَثَرُ نَحْوِ كَيْ شَائِنٍ) أي : بخلاف غير الشائن وأراد بـ (نحو الكي) : الجرح والقرح .

قوله : (أَوْ فَقْدُ نَحْوِ ذَوْقٍ) أي : كسمع وبصر وشم .

قوله : (أَوْ شَعَرٍ) أي : أَوْ فَقْدُ نَحْوِ شَعَرٍ كظفر ؛ لأنه يشعر بضعف البدن ، وزعم فرق بينه وبين عدم الحيض بأنه يتداوى له . . ممنوع ؛ فإن عدم الحيض قد يتداوى له أيضاً ، لكن لَمَّا ضَرَّ التداوي له لا لذلك ؛ أي : لفقد نحو الشعر . . كثر في ذاك . « تحفة »^(٢) .

قوله : (وَلَوْ لِعَانَةٍ) إنما أخذ العانة ؛ غاية لأن من الناس من يتسبب في عدم إنباتها بالدواء ؛ ربما يتوهم لأجل ذلك أن عدم إنباتها ليس عيباً . (ع ش)^(٣) .

قوله : (أَوْ حَيْضٍ فِي أَوَانِهِ) أي : أَوْ فَقْدُهُ فِي وَقْتِهِ غَالِباً ؛ بأن بلغت عشرين سنة كما قاله القاضي وأقره ؛ لأنه إنما يكون لعلة ، ومن عيوب القن وهي لا تكاد تنحصر : كونه أبيض الشعر لدون أربعين سنة ، ويبحث في « التحفة » أنه لا بد من بياض قدر يسمى في العرف شيئاً منقصاً^(٤) ، أَوْ مَصْطَلَكِ الرَكْبَتَيْنِ ، أَوْ مَنَقْلَبِ الْقَدَمَيْنِ إِلَى الْوَحْشِيِّ ، قَالَ فِي « الْأَسْنَى » عَنِ الرَّوْيَانِيِّ : (أَوْ كَوْنِهِ أَعْسَرَ ، وَفَصَلَ ابْنَ الصَّلَاحِ فَقَالَ : إِنْ كَانَ أَضْبَطَ وَهُوَ الَّذِي يَعْمَلُ بِيَدَيْهِ مَعاً . . فَلَيْسَ بِعَيْبٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ زِيَادَةٌ فِي الْقُوَّةِ ، وَإِلَّا . . فَهُوَ عَيْبٌ ، وَمَا قَالَهُ مُتَعِينَ)^(٥) .

قوله : (وَكَجَمَاحِ الدَّابَّةِ) بكسر الجيم : وهو امتناعها على راکبها ، وعبر ابن المقري بكونها جموحاً^(٦) ، ومقتضاه : أنه لا بد أن يكون الجماح طبعاً لها ، واستوجهه في « التحفة » ، نظير ما مر في البحر والصنآن^(٧) .

قوله : (وَرَمَحِهَا وَعَضَّهَا) أي : كونها رموحاً أو عضوضاً ، نظير ما مر .

(١) القاموس المحيط (٤/٥٠٤) ، مادة : (الشفا) .

(٢) تحفة المحتاج (٤/٣٥٦) .

(٣) حاشية الشيرازي (٤/٣٠) .

(٤) تحفة المحتاج (٤/٣٥٤) .

(٥) أسنى المطالب (٢/٥٨) .

(٦) إخلاص النواوي (٢/٧٤) .

(٧) تحفة المحتاج (٤/٣٥٦) .

وشربها لِلْبَيْتِهَا (وَخَبَطَهَا) أَي : خَشُونَةً مَشِيهَاً بَحِيثٌ يَخْشَى رَاكِبُهَا سَقُوطَهَا ، وَكَخِصَاءٍ لَادَمِيٍّ أَوْ
بَهِيمَةٍ مُطْلَقاً وَإِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ بِهِ ، وَذَهَابَ أَسْنَانُهَا لَا لَكَبِيرٍ ، وَكَوْنِ الدَّارِ عِنْدَهَا مَنْ يُؤْذِيهَا بِالْدَّقِ ،
أَوْ ظَهَرَ مَكْتُوبٌ بِوَقْفِيَّتِهَا ،

قوله : (وشربها للبيتها) أي : وإن لم يكن مأكولاً ، قال في « التحفة » : (وألحق به لبن
غيرها)^(١) .

قوله : (وخبطها) بفتح الخاء وسكون الباء .

قوله : (أي : خشونة مشيها ؛ بحيث يخشى راكبها سقوطها) أي : الدابة ، وككونها قليلة
الأكل ، بخلاف قلة الشرب على ما بحثه بعضهم ؛ لأنه لا يورث ضعفاً ، وكونها مقطوعة الأذن
بقدر ما يمنع الأضحية .

قوله : (وكخصاء) بكسر الخاء والمد ، وهو : سل الخصيتين سواء قطع الوعاء والذكر معهما
أو لا ، هذا هو المراد هنا فيشمل الممسوح ، ومثله مجبوب الذكر .

قوله : (لَادَمِيٍّ أَوْ بَهِيمَةٍ مُطْلَقاً) أي : لأن الفحل يصلح لما لا يصلح له الخصي .

قوله : (وإن زادت القيمة به) أي : بالخصاء ، فلا ينظر إلى هذا ؛ لأن فيه فوات جزء من
البدن مقصود ، وبحث الأذرعى : أنه ليس بعيب في الضأن المقصود لحمه والبراذين والبغال ؛
لغلبة ذلك فيها ، وأيده غيره بأنه قضية الضابط السابق ، لكن مر أن مثل هذا لا يوجب غلبته في
جنس الحيوان .

قوله : (وذهاب أسنانها) أي : البهيمة ؛ وهي التي تسمى بالدرداء .

قوله : (لا لكبير) أي : أما ذهاب الأسنان لكبير الدابة . فلا يكون عيباً كما مر في بياض الشعر .

قوله : (وكون الدار عندها من يؤذيها بالدق) أي : كالقصارين يؤذون بنحو دقهم ، أو كونها
ظهر بقربها دخان من نحو حمام ، أو على سطحها ميزاب رجل ، أو مدفون فيها ميت ، أو كونها
منزل الجند ؛ كأن جرت عادتهم بالنزول فيها عند مرورهم بذلك المحل أو بجوارها ؛ لأنه قد يتأذى
بمجاورتهم أشد من التأذي بمجاورة نحو القصارين ؛ وكون الجن مسلطين على ساكنها بالرجم
ونحوه .

قوله : (أو ظهر مكتوب بوقفيتها) أي : الدار لم يعلم كذب ذلك المكتوب ؛ بأن ظهر قبالة
بوقفها عليها خطوط المتقدمين وليس في الحال من يشهد به .

أَوْ شَاعَتْ وَلَمْ يَثْبُتْ . (وَلَوْ مَاتَ بِهِ) الْمَبِيعُ أَوْ الثَّمَنُ (بَعْدَ الْقَبْضِ بِمَرَضٍ) أَوْ جَرَحٍ سَائِلٍ ، أَوْ طَلَقٍ حَمَلٍ سَابِقٍ عَلَى الْعَقْدِ أَوْ الْقَبْضِ (. . فَلَا ضَمَانَ) يعني : لا ردُّ به وإن جهله ؛ لأنَّه

قوله : (أو شاعت) أي : الوقفية .

قوله : (ولم يثبت) أي : كونها وقفاً ؛ لأن المدار كما قاله في « التحفة » على ما يغلب على الظن وجود ذلك^(١) ، وككون الضيعة ثقيلة الخراج فوق العادة ، أو بقربها قروود تفسد الزرع ، وصورة بيع الأرض الخراجية : أن تكون الأرض لحريين فيصالحوا على أن الأرض لهم ، ويضرب عليها خراج مقرر في كل سنة فإنه لا يسقط بإسلامهم بعد ولا يبيعهم الأرض ، تأمل .

قوله : (ولو مات به) أي : بالعيب القديم .

قوله : (المبيع أو الثمن) أي : لما مر أنهما على حد سواء في الرد وعدمه .

قوله : (بعد القبض) أي : وبعد لزوم العقد ، أما قبله^(٢) . . ففيه التفصيل السابق .

قوله : (بمرض أو جرح سائل أو طلق حمل) بدل من (به) ، واحترز به عن قتله بموجب سابق ؛ كقتل أو حراة أو ترك صلاة بشرطه فإنه يضمه البائع ؛ فيرد ثمنه للمشتري إن جهل ؛ لعذره ، وإلا . . فلا ؛ لأن قتله لتقدم سببه كالتقدم فيفسخ البيع قبيل القتل ، قال في « التحفة » : (وكون القتل في تارك الصلاة إنما هو على التصميم على عدم القضاء لا يضر - أي : في كون الموجب سابقاً - لأن الموجب هو الترك ، والتصميم إنما هو شرط للاستيفاء ؛ كالردة فإنها الموجبة للقتل ، والتصميم عليها شرط للاستيفاء) تأمل^(٣) .

قوله : (سابق على العقد أو القبض) أي : وكان المرض مخوفاً ، أما غيره ؛ كالحمي اليسيرة إذا لم يعلم بها المشتري . . فلا أرش له فضلاً عن الرجوع بالثمن .

قوله : (فلا ضمان) جواب (ولو مات . . .) إلخ .

قوله : (يعني : لا رد به) أي : بموته بالمرض ؛ أي : فلا يثبت به لازم الرد المتعذر من استرجاع الثمن أو المبيع .

قوله : (وإن جهله) أي : المريض ، قال في « المغني » : (فإن كان عالمًا . . فلا شيء له جزماً)^(٤) .

قوله : (لأنه) أي : المرض .

(١) تحفة المحتاج (٣٥٧/٤) .

(٢) في الأصل : (بعده) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) تحفة المحتاج (٣٦٠/٤) .

(٤) مغني المحتاج (٧٠/٢) .

يتزايدُ فلا يكونُ بالمرضِ الأولِ وحدهُ . ومن ثمَّ وجبَ له الأرضُ ؛ وهو : ما بينَ قيمتهِ صحيحاً ومريضاً بالمرضِ السابقِ ، ولو زادَ ولم يمتَّ . . رجَعَ بالأرضِ أيضاً

قوله : (يتزايد) أي : يزداد شيئاً فشيئاً إلى الموت .

قوله : (فلا يكون) أي : الموت .

قوله : (بالمرض الأول وحده) يعني : فلا يتحقق إضافة الموت للمرض السابق وحده ، بل منه ومن اللاحق .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل ما تضمنه هذا التعليق .

قوله : (وجب له الأرض) أي : أرض المرض من الثمن ، قال (ع ش) : (فيكون جزءاً منه نسبته إليه كنسبة ما نقص المرض من القيمة على ما يأتي ، ففي قوله : وهو ما بين قيمته . . إلخ مسامحة) تأمل^(١) .

قوله : (وهو) أي : الأرض هنا .

قوله : (ما بين قيمته صحيحاً ومريضاً) أي : نسبة ما بين قيمته صحيحاً ومريضاً من الثمن [لا] أنه يستقر عليه نفس ما بين القيمتين ؛ لأنه قد يكون قدر الثمن أو أكثر مثلاً إذا كانت قيمة المبيع صحيحاً تسعين ، ومريضاً ثلاثين وكان الثمن ستين فالتفاوت بين القيمتين ستون ، فلو كان [المشتري] يأخذ ما بين الفيمتين وهو الستون . . لجمع إذ ذاك بين العوض وهو الثمن والمعوض وهو المبيع ، فينبغي أن يأخذ من الثمن بنسبة التفاوت بين القيمتين ؛ وهو ثلثا القيمة فيأخذ ثلثي الثمن وهو أربعون . جمل عن شيخه^(٢) .

قوله : (بالمرض السابق) أي : الذي كان عند البائع دون ما زاد في يد المشتري ، والمعتبر أقل القيم من يوم العقد إلى يوم القبض كما سيأتي ؛ لأن ما بعد القبض من ضمان المشتري فلا يقوم على البائع .

قوله : (ولو زاد) أي : المرض .

قوله : (ولم يمت) أي : المبيع أو الثمن .

قوله : (رجع بالأرض أيضاً) أي : وامتنع الرد ، وسمي المأخوذ أرضاً ؛ لتعلقه بالأرض ، وهو لغة : الخصومة من قولهم : أرشت بينهما تأريشاً : إذا أوقعت بينهما الشر ، ثم نقل منه إلى دية الجراحات ، ثم توسع فيه فاستعمل في التفاوت بين قيم الأشياء ، فافهم .

(١) حاشية الشبرايمسي (٢٥/٤) .

(٢) فتوحات الوهاب (١٢٩/٣) .

(وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ بَرَاءَتِهِ مِنَ الْعُيُوبِ .. صَحَّ) الْعَقْدُ مُطْلَقاً ، وَأَمَّا الْبَرَاءَةُ .. فَلَهَا شَرْطٌ كَمَا قَالَ :
(وَبَرَىءَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ بَاطِنٍ)

قوله : (ولو باع) أي : حيواناً أو غيره ، وهذا شروع في الأمر الثاني ؛ وهو ما يظن حصوله بشرط .

قوله : (بشرط براءته) أي : العاقد سواء كان متصرفاً عن نفسه أو ولياً أو وصياً أو حاكماً أو غيرهم كما يفيد إطلاقه ، لكن بحث (ع ش) تقييده بالشارط المتصرف عن نفسه لا عن غيره ؛ لأنه إنما يتصرف بالمصلحة ، وليس في ذلك مصلحة فلا يصح العقد ؛ أخذاً مما مر : أن الوكيل لا يجوز له شراء المعيب ولا شرط الخيار للبائع أو لهما ، فلو شرط المشتري البراءة من العيوب في المبيع أو البائع البراءة منها في الثمن وكلاهما متصرف عن غيره .. لم يصح ؛ لانقضاء الحظ لمن يقع العقد له^(١) .

قوله : (من العيوب) أي : في المبيع أو ألا يرد بها أو على البراءة منها ، ومثله ما لو اشترى بشرط براءته من العيوب في الثمن كما هو معلوم مما مر .

قوله : (صح العقد مطلقاً) أي : ظاهراً كان العيب أو باطناً ، علمه أو لم يعلمه ؛ وذلك لأنه شرط يؤكد العقد ، ويوافق ظاهر الحال من السلامة من العيوب .

قوله : (وأما البراءة .. فلها شروط) أي : أربعة : كون العيب باطناً ، وكونه بالحيوان ، وموجوداً حال العقد ، وكون البائع جاهلاً به ، وحاصل الصور التي في هذا المقام ستة عشر ، وبيانه : أن العيب إما ظاهر أو باطن ، في حيوان أو غيره ، هذه أربعة ، وعلى كل : إما أن يكون ذلك العيب حادثاً بعد البيع وقبل القبض ، أو موجوداً عند العقد ، هذه ثمانية ، وعلى كل : إما أن يعلمه البائع أو لا ، فهذه ستة عشر ، فيبرأ في صورة واحدة ؛ وهي ما استكملت القيود الأربعة ، ولا يبرأ في البقية كما أشار إليها الشارح في المفهوم إجمالاً بقوله : (بخلاف غيره ثم فلا يبرأ من عيب ظاهر ...) إلخ ، تدبر .

قوله : (كما قال) أي : المصنف رحمه الله تعالى .

قوله : (وبرىء من كل عيب باطن) أي : وهو ما يعسر الاطلاع عليه كما أفهمه كلامه الآتي ، قال (ع ش) : (ومنه : الزنا والسرقة فيما يظهر ؛ لعسر الاطلاع عليهما من الرقيق)^(٢) .

(١) حاشية الشبراملسي (٣٦/٤) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٣٨/٤) .

قَدِيم) أي : سابق على العقد (بِالْحَيَوَانِ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْبَائِعُ) بخلاف غيره فلا يبرأ من عيب ظاهر مطلقاً ، وهو : ما يسهل الإطلاع عليه بالأى يكون داخل البدن ؛ لندرة خفائه ،

قوله : (قديم ؛ أي : سابق على العقد) أي : بأن يكون موجوداً عند العقد ، ولو اختلفا في وجوده عند العقد وعدمه . فوجهان ، رجح ابن حجر منهما : تصديق المشتري ، وشيخنا كوالده تصديق البائع . انتهى . شوبري .

قوله : (بالحيوان) لا فرق فيه بين العبد الذي يخبر عن نفسه وغيره ، قاله في « المغني »^(١) .
قوله : (إن لم يعلم به البائع) أي : بأن كان جاهلاً بذلك العيب ، ولو شرط البراءة عما يحدث من العيوب قبل القبض ولو مع الموجود منها . لم يصح الشرط ؛ لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته فلا يبرأ من ذلك ، ولو شرط البراءة من عيب عينه : فإن كان مما لا يعاين ؛ كزنا أو سرقة أو إباق . . . برىء منه ؛ لأن ذكرها إعلام بها ، وإن كان مما يعاين ؛ كبرص : فإن أراه إياه . . . فكذلك ، وإلا . . . فلا يبرأ منه ؛ لتفاوت الأغراض باختلاف قدره ومحلّه .

قوله : (بخلاف غيره) أي : غير العيب المذكور ، وهذا محترز الشروط المذكورة على سبيل الإجمال كما أشرت إليه آنفاً .

قوله : (فلا يبرأ) أي : الشارط ، وهذا محترزها تفصيلاً .
قوله : (من عيب ظاهر مطلقاً) أي : سواء كان حيواناً أم غيره موجوداً عند العقد أو حدث بعده .

قوله : (وهو) أي : العيب الظاهر .
قوله : (ما يسهل الإطلاع عليه) أي : ومنه الكفر والجنون ، وإن تقطع . . . فيثبت بهما الخيار . (ع ش) .
قوله : (بالأى يكون) أي : العيب .

قوله : (داخل البدن) أي : بخلاف ما كان داخله فإنه عيب باطن ، لكن المراد بـ (داخل البدن) كما قاله ابن قاسم : ما يعسر الإطلاع عليه ؛ ككونه بين الفخذين لا خصوص ما في الجوف ، وقيل : الباطن ما كان داخل الجوف ، والظاهر بخلافه .

قوله : (لندرة خفائه) أي : العيب الظاهر عليه ، وهذا تعليل لقوله : (فلا يبرأ من عيب ظاهر) ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (ومنه : نتن لحم المأكولة ؛ لسهولة الإطلاع

ولا باطن بغير حيوان ، ولا به إن حدث بعد البيع - لأنَّ الشَّرْطَ إِنَّمَا يَنْصَرِفُ لِلْمَوْجُودِ عِنْدَهُ - أَوْ عِلْمُهُ ؛ لِتَدْلِيلِهِ . (وَلَوْ تَلَفَ الْمَبِيعُ)

عليه ^(١) أي : ولو مع الحياة بنحو ريح عرقها .

قوله : (ولا باطن بغير حيوان) أي : ولا يبرأ من عيب باطن بغير الحيوان ؛ كالثياب والعقار سواء علمه أم لا ، حدث بعد العقد أم لا .

قوله : (ولا به إن حدث بعد البيع) أي : ولا يبرأ من عيب باطن بالحيوان إن حدث بعد البيع وقبل القبض مطلقاً .

قوله : (لأنَّ الشرط إنما ينصرف للموجود عنده) أي : عند البيع فللمشتري مع الشرط الرد بعيب في الحيوان حدث بعد العقد وقبل القبض ، قال في « المغني » : (ولو اختلفا في القدم . . فوجهان في « الحاوي » ، ويؤخذ من كلام المصنف الآتي في قوله : « ولو اختلفا في قدم العيب » : أن البائع هو المصدق) انتهى ^(٢) .

قوله : (أو علمه) أي : ولا عن عيب باطن بالحيوان إن علمه البائع ، فهو عطف على (حدث بعد البيع) .

قوله : (لتدليسه) أي : عدم إعلامه بالعيب ، وهو آثم به ، والأصل في ذلك ما رواه مالك في « الموطأ » وصححه البيهقي : (أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما باع غلاماً بثمان مئة درهم وباعه بالبراءة ، فقال له المشتري : به داء لم تسمه لي ، فاختصما إلى عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه ، فقضى على ابن عمر أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه ، فأبى أن يحلف ، وارتجع العبد فباعه بألف وخمسة مئة ^(٣)) ، وروي : أنه قال : (تركت اليمين لله فعوضني الله عنها خيراً) ^(٤) ، دل قضاء عثمان على البراءة في صورة الحيوان المذكورة ، قيل : إن القضية انتشرت بين الصحابة ولم ينكروها ، وفارق الحيوان غيره بأنه يأكل في حالتي صحته وسقمه فقلما ينفك عن عيب ظاهر أو خفي ، فاحتاج البائع لهذا الشرط ؛ ليثق بلزوم البيع فيما يعذر فيه ، تأمل .

قوله : (ولو تلف المبيع) أي : بعد القبض الشرعي ؛ بأن كان عن جهة البيع وكان غير ربوي بيع بجنسه كما علم مما سيأتي .

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٦١) ، نهاية المحتاج (٤/٣٨) .

(٢) مغني المحتاج (٢/٧٠) .

(٣) الموطأ (٢/٦١٣) ، السنن الكبرى (٥/٣٢٨) .

(٤) انظر « التلخيص الحبير » (٤/١٧٩١) .

أَوِ الثَّمَنِ حَسًّا كَأَن مَاتَ ، أَوْ شَرعاً كَأَن أَعْتَقَهُ (أَوْ وَقَفَهُ) أَوْ زَوْجَ الْعَبْدِ أَوْ الْأَمَةِ ، أَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ (ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ . . رَجَعَ بِالْأَرْضِ)

قوله : (أَوِ الثَّمَنِ) أي : لما مر غير مرة : أنه مثل المبيع في غالب الأحكام .

قوله : (حَسًّا ؛ كَأَن مَاتَ) أي : ولو بجناية على البائع أو احترق الثوب أو أكل الطعام .

قوله : (أَوْ شَرعاً) أي : بأن خرج عن قبول النقل .

قوله : (كَأَن أَعْتَقَهُ) أي : والعبد مسلم ، فإن كان كافراً . . فلا أرض على ما قاله الأسنوي ؛ لأنه لم ييأس من رده لإمكان لحوقه بدار الحرب فيسرق ثم يعود إلى الملك ، لكن رده في « التحفة » بأن هذا نادر لا ينظر إليه ، ويلزم مثله لو وقف ؛ لاحتمال أنه يستبدله عند من يراه ، وبأنه لو فرض صحة ما قاله . . كان يتعين عليه فرضه في معتق كافر ؛ إذ عتيق المسلم لا يسرق^(١) .

قوله : (أَوْ وَقَفَهُ أَوْ زَوْجَ الْعَبْدِ أَوْ الْأَمَةِ) أي : أو استولدها أو جعل الشاة مثلاً لأضحية ، قال في « الإيعاب » : ولو اشترى شاة وجعلها أضحية ثم وجد بها عيباً . . رجع بأرضه على البائع ويكون له ، وقال الأكثرون : يصرفه في الأضحية ، وهو مشكل جداً ، وأي فرق بينها وبين العتق والوقف ؟ قوله : (أَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ) أي : ينقص القيمة أو العين . . إلخ ، قال السبكي : ولا يكفي إخبار المشتري به ؛ أي : بالموجب للأرض مع تكذيب البائع له ، واعترض بالنسبة لنحو العتق والوقف ؛ لمؤاخذته به وإن كذب ، وأجيب بأن مؤاخذته لا تنافي عدم كفاية إخباره في الرجوع بالأرض ، فليتأمل .

قوله : (ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ) أي : الذي ينقص القيمة ، بخلاف نحو الخصاء فلا أرض له . .

قوله : (رَجَعَ بِالْأَرْضِ) جواب (ولو تلف . .) إلخ ، والأرض هنا جزء من ثمنه نسبتاً إليه كنسبة ما نقص العيب لو كان المبيع سليماً إليها ، والأصح : اعتبار أقل قيمة من وقت البيع إلى وقت القبض ، فإذا اعتبرت . . قيم المبيع أو الثمن ؛ فإما أن تتحد قيمته سليماً وقيمه معيباً ، أو تتحد سليماً وتختلفا معيباً وقيمه وقت العقد أقل أو أكثر ، أو تتحد سليماً وتختلفا معيباً وقيمه وقت العقد أقل أو أكثر ، أو تختلفا معيباً وقيمه وقت العقد سليماً ومعيباً أقل أو أكثر ، أو سليماً أقل ومعيباً أكثر ، وبالعكس ، فالجملة تسعة أقسام ، وقد ذكر ابن الوردي في « البهجة » بعض أمثلتها فقال :

[من الرجز]

بمئة قَوْمٍ يَوْمَ الْعَقْدِ

تمثيل ما ذكرته بعبد

لِيَأْسِهِ مِنَ الرَّدِّ ، وَلَا يُمْكِنُ إِسْقَاطُ حَقِّهِ ، بِخِلَافِ مَا لَمْ يَيَأْسَ مِنْهُ ؛ كَأَنْ بَاعَهُ ، أَوْ وَهَبَهُ . . . فَلَا أَرَشَ لَهُ حَالاً ؛ لِإِمْكَانِ عَوْدِهِ إِلَيْهِ ثُمَّ رَدِّهِ ،

ويوم قبض زاد في التقويم عشرين معها بل سوى سليم
قُوم يوم العقد تسعين وفي حالة قبض بثمانين يفي
وعكسه فانسب ثمانين إلى قيمته التي ذكرنا أولاً
فينقص الخمس فيسترد مَنْ قد اشترى من بائع خمس الثمن^(١)
وبقية الأمثلة في « الغرر » وغيره^(٢) .

قوله : (ليأسه من الرد) أي : حساً أو شرعاً حتى في التزويج ؛ لأنه يراد للدوام .
قوله : (ولا يمكن إسقاط حقه) أي : فرجع إلى الأرض ، ولو اطلع على عيبه وهو صيد وقد أحرم بائعه جاز له الرد كما استظهره في « النهاية » ، وعلمه بأن البائع منسوب إلى التقصير في الجملة حيث لم يعلم المشتري بعيبه^(٣) ، وتوقف فيه الأسنوي ، قال (ع ش) : (ويوجه بأن في الرد تفويتاً لماليتة على البائع ؛ لأنه بعد دخوله في ملكه يزول ملكه [عنه] لإحرامه ، ويمكن حمل كلام الرملي عليه بأن يقال : جاز له الرد ، ويعذر في التأخير إلى فراغ الإحرام فلا يكون تأخيره مفوتاً للرد) فليتأمل^(٤) .

قوله : (بخلاف ما لم ييأس منه) أي : من الرد .
قوله : (كأن باعه أو وهبه) أي : وهو باق بحاله في يد الثاني ، أو أجره^(٥) لغير البائع كما بحثه الزركشي ولم يرض البائع بأخذه مؤجراً ، فإن رضي به مؤجراً ؛ أي : مسلوب المنفعة مدة الإجارة ، ولكنه ظن أن الأجرة له وفسخ ثم علم خلافه أنه لا أجرة له فله رد الفسخ كما في « الأنوار »^(٦) .

قوله : (فلا أرش له حالاً) أي : ولا الرد ؛ لتعذره .
قوله : (لإمكان عوده إليه ثم رده) أي : فقد يعود إليه فيرده فلم ييأس منه ، هذه هي العلة الصحيحة في المسألة ، قال في « التحفة » : (وقيل : لأنه استدرك الظلامة ، وروج كما روج

(١) بهجة الحاوي (ص ٨٣) .

(٢) الغرر البهية (٦٠٩/٤ - ٦١٠) .

(٣) نهاية المحتاج (٤١/٤) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٤١/٤) .

(٥) في الأصل : (إجارة) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٦) الأنوار (٣٥١/١) .

فإن تلف - ولو شرعاً - قبلَ العودِ إليه . . رجَعَ بالأرْشِ ؛ لِيَأْسِهِ حينئذٍ . (وَالرَّذُّ) بِالْعَيْبِ فِي غَيْرِ
مَعِينَةٍ

عليه ، وعبرة بعض الأصحاب : وغبن كما غبن ، وكل من العلتين فاسد ؛ لإيهامه جواز قصد ذلك
الذي لا قائل به ؛ لأن المظلوم لا رجوع له إلا على ظالمه ، ثم رأيت الفارقي قال : إن إطلاق ذلك
فاسد ، وعلله بنحو ما ذكرته ^(١) .

قوله : (فإن تلف ولو شرعاً) أي : كأن مات أو وقفه أو أعتقه .

قوله : (قبل العود إليه) أي : إلى ملكه .

قوله : (رجع بالأرْشِ) أي : على بائعه .

قوله : (ليأسه حينئذٍ) أي : حين إذ تلف ، ولو باع زيد عمراً شيئاً ثم اشتراه منه وبان به عيب
قديم كان بيد زيد : فإن كان المبيع باقياً وكان زيد جاهلاً بعيبه . . فله رده على عمرو وإن اشتراه بمثل
ما باعه به ، لا يقال : أي فائدة في رده عليه في الأخيرة ؛ فإنه لو رده عليه . . لرده عليه ؛ لأننا
نقول : ربما رضي فلم يرد ، لكن استشكل ذلك بأن البيع بمثل الثمن الأول من البائع إقالة ويلزم
منه امتناع الرد ، وأجيب بأن [ما] هناك محله قبل القبض وهنا بعده ، ولو سلم أنه هنا قبله أيضاً . .
فلا يمتنع الرد في ذلك وإن كان فسخاً ، ويكون الرد فسخاً للفسخ ثم لعمرو رده على زيد إن كان
جاهلاً ، ولزيد المطالبة بالأرْشِ إن تلف عنده ، ولعمرو مطالبته به أيضاً ، وبعد مطالبتهما يحصل
التقاص فيما تساويا فيه ، أفاده في « الأسنى » ^(٢) .

قوله : (والرد بالعيب) أي : في المبيع أو الثمن ، ومقتضى التعبير بالرد : أن الصورة مفروضة
في المقبوضة ؛ لأن الرد يعتمد مردوداً به ، لكن قال بعضهم : (الظاهر : أنه إذا اطلع على العيب
قبل القبض . . لزمه المبادرة إلى الفسخ على الفور فليس له التأخير إلى القبض) ^(٣) .

قوله : (في غير معينة) كذا في الأصل ، ولعل الصواب حذف لفظة (غير) ، وعبرة
« التحفة » : (ومحله في المبيع المعين . .) إلخ ^(٤) ؛ أي : في العقد ، قال الرشدي : (أي :
في رد المشتري المبيع المعين أو البائع الثمن المعين) ^(٥) .

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٦٧) .

(٢) أسنى المطالب (٢/٦٥) .

(٣) انظر « حواشي الرميلى على شرح الروض » (٢/٦٦) .

(٤) تحفة المحتاج (٤/٤٦٧) .

(٥) حاشية الرشدي (٤/٤٧) .

دُونَ الْمَقْبُوضَةِ عَمَّا فِي الذِّمَّةِ عَقِبَ عَلَيْهِ بِهِ ، وبَأَنَّ لَهُ الرَّدَّ ، وبَأَنَّهُ عَلَى الْفُورِ ، وَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي جَهْلِهِ : بَأَنَّ لَهُ الرَّدَّ إِنْ بَعْدَ عَنِ الْعُلَمَاءِ ، وبَأَنَّهُ عَلَى الْفُورِ وَلَوْ عَامِيًّا مُخَالَطًا لَهُمْ ،

قوله : (دون المقبوضة عما في الذمة) أي : فإن قبض شيئاً عما في الذمة بنحو بيع أو سلم فوجده معيباً . لم يلزمه فورٌ ؛ لأنه غير معقود عليه ، ولأن الأصح كما قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (أنه لا يملكه إلا بالرضا بعيبه)^(١) ، قال (ع ش) : (قضيته : أن الفوائد الحاصلة منه قبل العلم [بالعيب] ملك للبائع فيجب ردها له وإن رضي المشتري به معيباً ، وأن تصرفه فيه ببيع أو نحوه قبل العلم بعيبه باطل ، والظاهر : خلاف هذه القضية في الشقين) فليراجع^(٢) .

قوله : (عقب علمه به) أي : بالعيب ، والأنسب : ذكر هذا بعد قول المتن الآتي : (على الفور) لأنه تصوير له ، وعبرة « الأسنى » : (وخيار النقص على الفور ؛ بأن يرد المشتري المبيع المعين حال اطلاعه على عيب به . . .) إلخ^(٣) .

قوله : (وبأن له الرد) أي : وعقب علمه بأن له الرد بالعيب .

قوله : (وبأنه على الفور) أي : وعلمه بأن الرد على الفور ، وبحث ابن الرفعة : أنه لا يجب فور في طلب الأرض ؛ لأن أخذه لا يؤدي إلى فسخ العقد .

قوله : (ويصدق بيمينه في جهله) أي : في دعواه الجهل .

قوله : (بأن له الرد) أي : جواز الرد بالعيب .

قوله : (إن بعد عن العلماء) أي : أو أسلم قريباً وكان ممن يخفى عليه ذلك ، قال في « التحفة » : (بخلاف من يخالطنا من أهل الذمة)^(٤) أي : مخالطة تقضي العادة بمعرفته ذلك فلا يعذر . (ع ش)^(٥) .

قوله : (وبأنه على الفور) أي : ويصدق في دعواه الجهل بأن الرد على الفور ؛ فهو عالم بجواز الرد بالعيب لكنه جاهل بالفورية .

قوله : (ولو عامياً مخالطاً لهم) أي : للعلماء ؛ لأن الفورية مما يخفى على غالب الناس ، ومثل ذلك من جهل حاله كما قاله السبكي ، ومن أفتاه مفت بأن الرد على التراخي وغلب على ظنه

(١) تحفة المحتاج (٣٦٨/٤) ، نهاية المحتاج (٤٧/٤) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٤٧/٤) .

(٣) أسنى المطالب (٦٦/٢) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٦٨/٤) .

(٥) حاشية الشبراملسي (٤٨/٤) .

(عَلَى الْفَوْرِ) فليبادر به على العادة ، فلا يُكَلَّفُ عَدَواً ولا إِعْداءً . وَلَهُ بَعْدَ دُخُولِ وَقْتِ الصَّلَاةِ وَلَوْ نَفلاً - أَوْ جَمَاعٍ ، أَوْ تَبَرُّزٍ ، أَوْ أَكَلٍ - التَّأْخِيرُ لِفَرَاغِهَا ،

صدقه وإن لم يكن أهلاً للإفتاء . . فلا يبطل خياره بالتأخير كما بحثه (ع ش)^(١) .

قوله : (على الفور) أي : إجماعاً كما قاله ابن الرفعة ، ولأن الأصل في البيع : اللزوم والجواز عارض ، ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المالك فكان فورياً كالشفعة ، فيبطل بالتأخير بغير عذر ، ولا يتوقف على حكم القاضي به ولا حضور الخصم ، وهو المردود عليه كما في خيار الشرط .

قوله : (فليبادر به) أي : مرید الرد به كالشفيع .

قوله : (على العادة) أي : عادة عامة الناس . (ع ش)^(٢) .

قوله : (فلا يكلف عدواً) أي : في المشي .

قوله : (ولا إعداء) أي : ركضاً في الركوب .

قوله : (وله) أي : يجوز لمرید الرد بالعيب .

قوله : (بعد دخول وقت الصلاة ولو نفلاً) أي : أو في الصلاة كما علم من باب أولى ، وبحث ابن قاسم اعتبار عادته في الصلاة تطويلاً وغيره ، وفي قدر التنفل وإن خالف عادة غيره ؛ لأن المدار على ما يشعر بالإعراض أو لا ، ولو اختلفت عادته . . نظر إلى ما قصده قبل الاطلاع على العيب ، فلو لم يكن له قصد أصلاً . . لم يضر ؛ لأن ما فعله صدق عليه أنه من عادته ، ولا يكتفى [هنا] في العادة مرة واحدة كما قال (ع ش) : (بل لا بد من التكرار ؛ بحيث صار عادة له) فليتأمل^(٣) .

قوله : (أو جماع أو تبرز) أي : قضاء حاجة من بول أو غائط .

قوله : (أو أكل) أي : ولو تفكها دخل وقته أو قرب حضوره .

قوله : (التأخير) أي : للرد .

قوله : (لفراغها) أي : الصلاة وما معها ؛ لأنه لا يُعَدُّ مقصراً كما في الشفعة ، ولأجل ذلك أجري هنا ما قالوه هناك وعكسه ، ولذا قال في « البهجة » :

[من الرجز]

يَرُدُّ حَالَ الْعِلْمِ قَلْتُ وَاعْتَقَرْتُ لَهُ الَّذِي فِي أَخَذِ شُفْعَةٍ ذَكَرُ^(٤)

(١) حاشية الشيرازي (٤٧ / ٤) .

(٢) حاشية الشيرازي (٤٩ / ٤) .

(٣) حاشية الشيرازي (٤٩ / ٤) .

(٤) بهجة الحاوي (ص ٨٢) .

ولا يكلفُ الاقتصارُ على أقلِّ مجزئٍ ، ولا المضيُّ مع نحوٍ حرٍّ أو بردٍ مُفرطَيْنِ ، وخوفُ الطريقِ كأنَّ علمَهُ ليلاً إلاَّ إنَّ كانَ في محلٍّ أَمْنُهُ في ليلِهِ كهوٍ في نهارِهِ . (وَيَرُدُّهُ) فوراً بنفسِهِ

قوله : (ولا يكلف الاقتصار على أقل مجزئ) أي : بل يفعل ذلك على وجهه الكامل ، قال (ع ش) : (ومنه : انتظار الإمام الراتب ، فله التأخير للصلاة معه وإن كان مفضولاً إذا كان اشتغاله بالرد يفوت الصلاة معه ، بل أو تكبيرة الإحرام والتسيبحات خلف الصلوات وقراءة « الفاتحة » و« الإخلاص » و« المعوذتين » يوم الجمعة سبعاً سبعاً ^(١)) ، قال الشرواني : (وقوله : « والتسيبحات . . . » إلخ ، عطف على « انتظار الإمام ») ^(٢) .

قوله : (ولا المضي مع نحو حر أو برد مفرطين) أي : ولا يكلف المضي مع نحو حر . . . إلخ ، فهو عطف على (الاقتصار . . .) إلخ ، ودخل في الـ (نحو) : الوحل الشديد ، والمطر كذلك ، بل بحثاً في « التحفة » و« النهاية » الاكتفاء فيه بما يسقط معه طلب الجماعة ؛ وهو ما يبيل الثوب ، ولا يضر سلامه على البائع ، بخلاف محادثته ولا لبسه ثياب التجميل ^(٣) .

قوله : (وخوف الطريق) أي : ولا المضي مع خوف الطريق .

قوله : (كأن علمه ليلاً) أي : فله التأخير حتى يصبح كما في « المنهاج » ^(٤) ، ومقتضاه : مده إلى طلوع الفجر ، قال الزركشي : والأحسن : إلى ضوء النهار ، وبه عبر الهروي في « الإشراف » ، بل قال (ع ش) : (ويدخل الوقت الذي جرت [به] العادة بانتشار [الناس] إلى مصالحتهم عادة) ^(٥) .

قوله : (إلا إن كان في محل أمنه في ليله) أي : كأن كان جاراً له وتمكن من السير إليه من غير كلفة .

قوله : (كهو في نهاره) أي : فلا يعذر بالتأخير حينئذ .

قوله : (ويرده فوراً) هذا مرتبط بقوله : (والرد على الفور) ، فالأولى : التعبير بالفاء بدل الواو ؛ إذ المقام يقتضيه .

قوله : (بنفسه) أي : المشتري .

(١) حاشية الشبراملسي (٤٩/٤) .

(٢) حاشية الشرواني (٣٦٩/٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٦٩/٤) ، نهاية المحتاج (٤٩/٤-٥٠) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٢٢١) .

(٥) حاشية الشبراملسي (٥٠/٤) .

أَوْ بَوَكِيلِهِ إِنْ عُدِرَ ، وَإِلَّا . فَالِاشْتِغَالُ بِالتَّوَكُّلِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الرَّدِّ بِنَفْسِهِ مُسْقَطٌ لِرَدِّهِ (عَلَى الْبَائِعِ أَوْ وَكِيلِهِ أَوْ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ) أَي : لِيَفْسخَ بِحَضْرَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ شَهِودٌ ؛ لِأَنَّهُ يَقْضِي بَعْلِمِهِ .

قوله : (أَوْ بَوَكِيلِهِ إِنْ عُدِرَ) أَي : بَأَن لَمْ يَحْصُلْ بِالتَّوَكُّلِ تَأْخِيرُ مَضَر ، قَالَا فِي « التَّحْفَةِ » وَ« النِّهَايَةِ » : (وَلَوْلِي الْمَشْتَرِي وَوَارِثُهُ الرَّدُّ أَيْضاً كَمَا هُوَ ظَاهِر)^(١) ؛ أَي : لِانْتِقَالِ الْحَقِّ لِهَمَا .
وَالْحَاصِلُ كَمَا قَالَ الشُّوْبَرِيُّ : أَنَّ الرَّادَ إِمَّا الْمَشْتَرِي أَوْ وَكِيلَهُ أَوْ مَوْكَلَهُ أَوْ وَارِثَهُ أَوْ وَلِيَهُ ، وَالْمَرْدُودُ عَلَيْهِ إِمَّا الْبَائِعَ أَوْ وَكِيلَهُ أَوْ مَوْكَلَهُ أَوْ وَارِثَهُ أَوْ وَلِيَهُ أَوْ الْحَاكِمَ ، وَحِينَئِذٍ : فَيَحْصُلُ مِنْ ذَلِكَ ثَلَاثُونَ مَسْأَلَةً [حَاصِلَةٌ] مِنْ ضَرْبِ خَمْسَةٍ فِي سِتَّةٍ ، تَأْمَلُ .

قوله : (وَإِلَّا) أَي : وَإِنْ لَمْ يَعْدِرْ

قوله : (فَالِاشْتِغَالُ بِالتَّوَكُّلِ) أَي : فِي الرَّدِّ .

قوله : (مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الرَّدِّ بِنَفْسِهِ) أَي : بِخِلَافِ مَعَ عَجْزِهِ عَنْهُ .

قوله : (مُسْقَطٌ لِرَدِّهِ) أَي : مُبْطَلٌ لِرَدِّهِ الْقَهْرِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مُقْصَرٌ بِذَلِكَ .

قوله : (عَلَى الْبَائِعِ) أَي : أَوْ مَوْكَلَهُ إِنْ كَانَ الْبَائِعُ وَكِيلاً عَنْ غَيْرِهِ .

قوله : (أَوْ وَكِيلَهُ) أَي : الْبَائِعُ الَّذِي وَكَلَهُ فِي قَبُولِ السِّلْعِ الْمَرْدُودَةِ ، قَالَ فِي « التَّحْفَةِ » : (أَوْ وَارِثَهُ أَوْ وَلِيَهُ)^(٢) .

قوله : (أَوْ يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ) أَي : وَهُوَ آكَدُ فِي الرَّدِّ ؛ لِأَنَّ الْخَصْمَ رُبَّمَا أَحْوَجُ فِي آخِرِ الْأَمْرِ إِلَى الْمُرَافَعَةِ إِلَيْهِ فَيَكُونُ الْإِتْيَانُ إِلَيْهِ أَوْلاً فَاصْلاً لِلْأَمْرِ جُزْئاً ، قَالَ الرَّافِعِيُّ : (وَهَذَا مَا فَهَمْتُهُ مِنْ كَلَامِ الْأَصْحَابِ ، وَحَاصِلُهُ : تَخْيِيرُهُ بَيْنَ الْأَمْرَيْنِ)^(٣) ، وَلَيْسَ عَلَى إِطْلَاقِهِ ، بَلْ هُوَ مُقَيَّدٌ بِمَا يَأْتِي آنِفًا فِي قَوْلِهِ : (وَمَحَلُّ التَّخْيِيرِ . . .) إلخ ، خِلَافاً لِمَنْ اعْتَمَدَ الْإِطْلَاقَ .

قوله : (أَي : لِيَفْسخَ بِحَضْرَتِهِ) أَي : الْحَاكِمُ ، فَإِذَا جَاءَ إِلَيْهِ . . لَا يَدْعِي ؛ لِأَنَّ غَرِيمَهُ فِي الْبَلَدِ غَيْرُ مُتَوَارٍ وَلَا مُتَعَزِّزٍ ، وَإِنَّمَا يَفْسخُ بِحَضْرَتِهِ ثُمَّ يَطْلُبُ غَرِيمَهُ لِيَرُدَّ عَلَيْهِ .

قوله : (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ شَهِودٌ) أَي : لِأَنَّ الْحَاكِمَ يَصِيرُ شَاهِداً لَهُ ، قَالَ (ع ش) : (وَتُظْهِرُ ثَمَرَتَهُ فِيمَا لَوْ وَقَعَتِ الدَّعْوَى عِنْدَ غَيْرِهِ ، أَوْ اسْتَخْلَفَ الْقَاضِي الْمَشْهُودَ عِنْدَهُ مِنْ يَحْكُمُ لَهُ)^(٤) .

قوله : (لِأَنَّهُ يَقْضِي بَعْلِمِهِ) أَي : وَهُوَ الصَّحِيحُ .

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٦٩) ، نهاية المحتاج (٤/٥٠) .

(٢) تحفة المحتاج (٤/٣٦٩) .

(٣) الشرح الكبير (٤/٢٥٣) .

(٤) حاشية الشبرايملي (٤/٥٠) .

ومنه يؤخذ : أنه لو كان عقيدته عدم القضاء بالعلم . . لم يكلف الرفع إليه إلا إن كان عنده شهود .
ومحل التخيير بين الثلاثة ما لم يلق أحدهم قبل الآخر ؛ وإلا . . تعين من لقيه أولاً حيث لا عذر له
في عدم لقيه على الأوجه

قوله : (ومنه) أي : من هذا التعليل .

قوله : (يؤخذ أنه لو كان عقيدته) أي : الحاكم .

قوله : (عدم القضاء بالعلم) أي : أو لم ينفذ حكمه به ؛ لكونه غير مجتهد .

قوله : (لم يكلف الرفع إليه) أي : الحاكم ؛ إذ لا فائدة فيه .

قوله : (إلا إن كان عنده شهود) أي : فإنه يكلف الرفع إليه حيث إن كان لا يحكم بعلمه ،

قال (ع ش) : (ويظهر : أن محله إذا كان القاضي لا يأخذ شيئاً من المال وإن قل)^(١) .

قوله : (ومحل التخيير بين الثلاثة) أي : الرد على البائع والوكيل ورفع الأمر للحاكم بالمعنى

السابق ، وهذا تقييد للمتن .

قوله : (ما لم يلق أحدهم قبل الآخر) أي : بأن لم يمر عليه قبل .

قوله : (وإلا) أي : بأن لقي أحدهم أولاً .

قوله : (تعين من لقيه أولاً) أي : سواء البائع [أو الوكيل] أو الحاكم ، وعلى هذا كما قاله

الأذري حمل قول الإمام : (المذهب : أن العدول إلى القاضي مع وجود الخصم تقصير)^(٢) ،

قال بعضهم : (وانظر : لو لقي البائع وتركه لوكيله أو عكسه . . هل يضر أو لا ؟ وظاهر كلامهم :

أنه يضر ، وكذا لو لقي الموكل وعدل عنه إلى الوكيل ؛ لأن المقصود يحصل بالرد على كل منهما ،

فعدوله عن أحدهما للآخر تقصير ، وهذا بخلاف ما لو قصد ابتداء الذهاب إلى واحد منهما وترك

الآخر . . فإنه لا يضر ؛ لعدم نسبته إلى تقصير حيث استوت المسافتان) تأمل^(٣) .

قوله : (حيث لا عذر له في عدم لقيه على الأوجه) أي : بخلاف ما لو كان له عذر في عدم لقيه

ومن العذر مخافة الجحد . . ففي « التحفة » : (نعم ؛ لو مر على أحد الأولين - أي : البائع والوكيل -

قبل ولم يكن ثم من يشهده^(٤) . . جاز له التأخير إلى الحاكم ؛ لأن أحدهما قد يجحده)^(٥) .

(١) حاشية الشبراملسي (٥١/٤) .

(٢) نهاية المطلب (٢٤٩/٥) .

(٣) انظر « حاشية الشبراملسي » (٥١/٤) .

(٤) في الأصل : (من يشهد له) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٥) تحفة المحتاج (٣٧٠/٤) .

وإذا توجه لأحدهم لأجل الفسخ . . لزمه الإشهاد به في طريقه إن رأى عدولاً أو مستورين ، وبالفسخ يزول ملكه ، فلا يلزمه بعده الإتيان لأحد من الثلاثة . فإن لم ير شاهداً

قوله : (وإذا توجه لأحدهم) أي : البائع والوكيل والحاكم .

قوله : (لأجل الفسخ) أي : بالعيب .

قوله : (لزمه الإشهاد به) أي : بالفسخ بقوله : رددت البيع أو فسخته مثلاً ، بل يلزمه الإشهاد أيضاً حال التوكيل كما في « التحفة »^(١) ، ووجهه : بأن توكيله لا يزيد على شروعه في الرد بنفسه ، بل لا يساويه مع أنه إذا قدر على الإشهاد حينئذ . . وجب ، فإن قلت : لزوم الإشهاد حال التوكيل يبطل فائدة التوكيل . . قلت : لو سلم إبطالها في هذه الحالة . . فلا محذور ، فليتأمل .

قوله : (في طريقه) أي : ولم يخش على نفسه مبيع تيمم لو وقف وأشهد .

قوله : (إن رأى عدولاً) أي : أو عدلاً واحداً ليحلف معه ؛ كما اعتمده في « التحفة » وغيرها^(٢) .

قوله : (أو مستورين) أي : كتنظيره من الضمان ، ولا ينافي لزوم الإشهاد هنا ما يأتي في (الشفعة) : أنه لو سار طالباً [لها] . . لم يحتج للإشهاد ؛ لأن الرد هنا رفع لملك الراد ، واستمراره على الملك مشعر بالرضا : فاحتاج إلى الإشهاد على الفسخ ليخرج عن ملكه ، والشفيع لا يستفيد دخول الشقص في ملكه ، وإنما يقصد به إظهار الطلب والسير يغني عن ذلك ، تأمل .

قوله : (وبالفسخ) أي : وبالإشهاد^(٣) على الفسخ .

قوله : (يزول ملكه) أي : الراد ويعود إلى ملك المردود عليه .

قوله : (فلا يلزمه بعده) أي : بعد الإشهاد على الفسخ .

قوله : (الإتيان لأحد من الثلاثة) أي : فلا يحتاج إلى أن يستمر حتى ينهي إليه إلا لفصل الأمر ، وحينئذ : لا يبطل رده بتأخيره ولا باستخدامه ، لكنه يصير به متعدياً فيضمنه ضمان المغصوب ، وظاهره : ون احتاج لركوبها لكونها جموحاً ، وعليه : فلو ركب . . حرم ولزمته الأجرة ، وقد^(٤) يقال : إن عذره يسقط الحرمة لا الأجرة .

قوله : (فإن لم ير شاهداً) أي : في طريقه كما هو فرض المسألة ، وكذا لو عجز عن الإشهاد في صورة المتن الآتية .

(١) تحفة المحتاج (٣٧١ / ٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٧١ / ٤) .

(٣) في الأصل : (أو بالإشهاد) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٤) في الأصل : (فقد) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

لم يلزمه التلّفُظُ بالفسخ . (فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ غَائِبًا) عَنْ الْبَلَدِ وَلَا وَكِيلَ لَهُ بِهَا (. . رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ) أَي : تَعَيَّنَ الرَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِانْحِصَارِ الْأَمْرِ فِيهِ

قوله : (لم يلزمه التلّفُظُ بالفسخ) أي : لأنه يبعد لزومه من غير سامع أو بسامع لا يعتد به ، بل يؤخر الفسخ إلى أن يأتي به عند المردود عليه أو الحاكم ؛ لعدم فائدته قبل ذلك ، بل فيه ضرر عليه ؛ فإن المبيع ينتقل به لملك البائع فيتضرر ببقائه عنده ، وقد يتعذر عليه ثبوت العيب ، وما تقرر من عدم لزوم التلّفُظُ بالفسخ حينئذ هو ما صححه الشيخان تبعاً للإمام والبخاري ، قيل : إن عامة الأصحاب على لزوم ذلك لقدرته عليه ، لكن المعتمد ما صحّاه^(١) : لأن الترجيح ليس بالكثرة فحسب ، بل بالدليل ، ولا دليل على وجوب التلّفُظُ بالفسخ في هذه الصورة ، وليس هذا أمراً يتعبد به ، وإنما هو معاملة يعتبر فيها خطاب الغير ، تدبر .

قوله : (فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ غَائِبًا عَنْ الْبَلَدِ) أي : سواء كانت المسافة قريبة أم بعيدة ، قاله في « المغني »^(٢) .

قوله : (وَلَا وَكِيلَ لَهُ بِهَا) أي : بالبلد .

قوله : (رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ) أي : ولا يؤخره إلى حضور البائع ، فلو لم يكن بالبلد حاكم ولا شهود لزم السفر إلى حاكم بلد آخر إذا أمكنه ذلك بلا مشقة لا تحتل ، أفاده ابن قاسم^(٣) .

قوله : (أَي : تَعَيَّنَ الرَّفْعُ إِلَيْهِ) أي : إلى الحاكم فوراً ، فإذا تراخى . . . سقط حقه من الرد .

قوله : (لِانْحِصَارِ الْأَمْرِ فِيهِ) تعليل لتعين الرفع إليه ، وطريقه عند الرفع : أن يدعي شراء ذلك من فلان الغائب بثمن معلوم قبضه ثم ظهر العيب ، وأنه فسخ البيع ، ويقيم بينة بذلك ، ويحلفه الحاكم أن الأمر جرى كذلك ؛ لأنه قضاء على غائب ، ويحكم له بالرد فيبقى الثمن ديناً عليه إن قبضه ، ويأخذ المبيع ويضعه عند عدل ، ويعطيه الثمن من غير المبيع إن كان ، وإلا . . باعه فيه ، وليس للمشتري حبس المبيع بعد الفسخ إلى قبضه الثمن ، بخلافه فيما يأتي ؛ لأن القاضي ليس بخصم فيؤتمن بخلاف البائع ، واستثنى السبكي كابن الرفعة لهذا من القضاء على الغائب ، فجوّزاه مع قرب المسافة كما اقتضاه إطلاقهم هنا ؛ لأن في تكليفه الخروج عن البلد مشقة ، لكن خالفهما الأذرعى فقال - وتبعه الزركشي - : المراد بالرفع إلى الحاكم عند قرب المسافة ليفسخ عنده ، أو ليطلب الرد بفسخه قبل الحضور إذا أشهد عليه ، أما القضاء به وفصل الأمر وبيع ماله . . فلا بد فيه

(١) الشرح الكبير (٢٥٣/٤) ، روضة الطالبين (٤٧٩/٣) .

(٢) مغني المحتاج (٧٦/٢) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣٧٠/٤) .

(وَيُشْهِدُ) وجوباً مَنْ ذَكَرَ (عَلَى الْفَسْخِ) ولا يكفي على طلبه فيما إذا سارَ إلى أحد أولئك ، أو وكَّلَ ، أو عُدِرَ بنحوٍ مرضٍ (حَتَّى يَنْهِيَ إِلَى الْبَائِعِ أَوْ الْحَاكِمِ)

من شروط القضاء على الغائب ، ولا يباع ماله إلا لنحو تعزز أو توار ، وهذا هو المعتمد عند الرملي^(١) ، واعتمد الخطيب الأول^(٢) ، وكلام الشارح في « التحفة » يميل إليه^(٣) .

قوله : (ويشهد وجوباً من ذكر) أي : مريد الرد ، ومعنى كونه واجباً : أنه إذا لم يشهد.. سقط حقه من الرد لا أنه يأثم بتركه .

قوله : (على الفسخ) أي : على نفس الفسخ ، وهذا ما اقتضاه كلام الغزالي وصححه في « المنهاج » كـ « أصله »^(٤) ، فلا بد كما قاله الأذري للنطاق من لفظ يدل عليه ؛ كأن يقول : رددته بالعيب على فلان .

قوله : (ولا يكفي على طلبه) أي : لا يكفي الإشهاد على طلب الفسخ ، قال في « التحفة » : (وإن اقتضاه كلام الرافعي - أي : في الشفعة - واعتمده جماعة ؛ لقدرته على الفسخ بحضرة الشهود فتأخيره حينئذ يشعر بالرضا به)^(٥) .

قوله : (فيما إذا سار) أي : مريد الرد ، وهذا متعلق بقول المتن : (ويشهد) .

قوله : (إلى أحد أولئك) أي : البائع ووكيله^(٦) والحاكم .

قوله : (أو وكل) أي : في الرد ، واعتراض بأن من لازم إمكان التوكيل إمكان الإشهاد ؛ لأنه يكفي إشهاد واحد فيكفي إشهاد الوكيل فلا يتصور الرد بالوكيل ، ورد بمنع اللزوم هنا ؛ لجواز توكيل نحو الفاسق دون إشهاد ، تأمل .

قوله : (أو عذر بنحو مرض) أي : أو غيبة عن بلد المردود عليه ، وخوف من عدو وقد عجز عن التوكيل في الثلاث وعن المضي إلى المردود عليه ، والرفع إلى الحاكم أيضاً في الغيبة . « تحفة »^(٧) .

قوله : (حتى ينهيه إلى البائع أو الحاكم) هذا يقتضي : أن وجوب الذهاب بحاله ، وهو

(١) نهاية المحتاج (٥٢ / ٤) .

(٢) مغني المحتاج (٧٦ / ٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٧١ / ٤) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٢٢١) ، المحرر (ص ١٤٥) .

(٥) تحفة المحتاج (٣٧١ / ٤) .

(٦) في الأصل : (ووليّه) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٧) تحفة المحتاج (٣٧١ / ٤ - ٣٧٢) .

وَمَرَّ آتِفًا أَنَّهُ مَتَى أَشْهَدَ عَلَى الْفَسْخِ . . سَقَطَ عَنْهُ الْإِنْهَاءُ لِأَحَدِهِمَا . (وَيُشْتَرَطُ) فِي الْرَدِّ بِالْعَيْبِ (تَرَكَ)
الْإِسْتِخْدَامَ (وَالْإِنْتِفَاعَ بِهِ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الرِّضَا ،)

مقتضى كلام « المنهاج » كـ « أصله »^(١) ، قال في « المغني » : (وليس مراداً ، بل المراد ما قاله
السبكي رحمه الله تعالى ، وهو : أنه ينفذ الفسخ ولا يحتاج [بعده] إلى [إتيان] البائع أو الحاكم إلا
للتسليم وفصل الخصومة) انتهى^(٢) ، وسيأتي ما يوضحه .

قوله : (ومر آتفاً) أي : قريباً قبيل قول المتن : (فإن كان البائع غائباً . . .) إلخ .

قوله : (أنه متى أشهد) أي : مريد الرد على الفسخ .

قوله : (سقط عنه الإنهاء لأحدهما) أي : البائع أو الحاكم ، رُعلم من ذلك : أن قول
المصنف : (حتى ينهيه . .) إلخ غاية لفصل الأمر خاصة ، ويحتمل أن يكون غاية لوجوب
الإشهاد ، والمعنى : ويستمر وجوبه حتى ينهيه ؛ أي : حيث لم يلق من يشهده على الفسخ في
ابتداء سيره مثلاً ؛ لما مر : أن الإشهاد على نفس الفسخ لا على طلبه ؛ إذ بعد الفسخ لا وجه
لوجوب فور ولا إنهاء .

والحاصل : أن الواجب الإنهاء إلى أحدهما ، فإن أمكنه الإشهاد . . لزمه ، فإذا أشهد . . سقط
وجوب الإنهاء حتى لا يبطل الفسخ بتأخيره رد المبيع ولا باستخدامه . وحينئذ : فمعنى إيجاب
الإشهاد في حالتي العذر وعدمه : أنه عند العذر يسقط الإنهاء ، ويجب تحري الإشهاد إن أمكنه ،
وعند عدمه أنه حينئذ مخير بين تحري الإشهاد وتحري الإنهاء ، وأما وجوب إشهاد من صادفه إن
أمكن . . فهو وجوب مستصحب مستمر ليس من محل التخيير ، وبالإشهاد يسقط الإنهاء إلا لفصل
الخصومة سواء كان الإشهاد عن تحر أو لا ، فتأمل بلطف .

قوله : (ويشترط في الرد بالعيب) أي : في جواز الرد بالعيب قهراً .

قوله : (ترك الاستخدام) أي : فلو استخدم رقيقاً ؛ أي : طلب منه أن يخدمه ؛ كقوله :
اسقني ، أو أغلق الباب . . بطل حقه .

قوله : (والانتفاع به) أي : وترك الانتفاع بالمبيع .

قوله : (في الحال) أي : حال العلم بالعيب .

قوله : (لأنه دليل الرضا) أي : بالمبيع المعيب ، ولأن فيه تأخيراً وهو بمجرد سقط الرد ،

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٢١) ، المحرر (ص ١٤٥) .

(٢) مغني المحتاج (٧٦/٢) .

فَإِنْ أُنْتَفَعَ بِهِ وَلَوْ فِي مُدَّةٍ أَعْدِرَ أَوْ السَّيْرِ لِلرَّدِّ . . سَقَطَ رَدُّهُ وَلَا أَرَشَ ، وَكَذَا لَوْ طَلَبَ مِنْهُ أُنْتِفَاعاً
كـ (أَسْقِنِي) . . فَلَمْ يَمْتَثِلْ عَلَى الْأَوْجِهِ

فكيف إذا اجتماعاً ، فينزح ثوباً أطلع على عيب به وهو لابس به ؛ لأن تركه انتفاع ، إلا إن ضره نزعه ،
أو كان في شارع وإن لم تنكشف عورته ؛ لأنه يخل بهيئته ، ولذا : اختص هذا بذوي الهيئات على
الأوجه ؛ لأن غالب المحترفة لا يخل بهيئتهم ، ويأتي مثله في النزول عن الدابة ، قال في
« البهجة » :

قَلْتُ وَدُونَ اللَّبْسِ فِي الدَّرَبِ أَطْلَعُ فَرَاخَ يَبْغِي رَدَّهُ وَمَا نَزَعُ^(١)

قوله : (فَإِنْ أُنْتَفَعَ بِهِ) ي : بالمبيع المعيب بعد الاطلاع على العيب .
قوله : (وَلَوْ فِي مُدَّةٍ الْعَدْرِ) أي : المدة التي اغتفر له التأخير فيها ؛ وإلا . . فالرد ساقط بالتأخير .
قوله : (أَوْ السَّيْرِ لِلرَّدِّ) أي : كأن ترك على الدابة سرجها أو إكافها .
نعم ؛ يعذر ركوب جمرح يعسر سوقها وقودها ؛ للحاجة إليه ، وأخذ منه : أنه لو خاف عليها
من إغارة أو نهب فركبها للهرب بها . . لم يمنعه من ردها ، ولزمه سلوك أقرب الطريقين كما استقر به
في « التحفة » لأنه بسلوك الأطول مع عدم العذر يعد عابثاً ؛ كما دل عليه كلامهم في القصر^(٢) ،
وعليه : فيسقط الخيار بمجرد العدول لا بالانتهاء ، فليتأمل .

قوله : (سَقَطَ رَدُّهُ) أي : القهري .

قوله : (وَلَا أَرَشَ) أي : لتقصيره بذلك .

قوله : (وَكَذَا) أي : سقط رده ولا أرش .

قوله : (لَوْ طَلَبَ مِنْهُ) أي : من القن .

قوله : (أُنْتِفَاعاً) أي : ولو بشيء خفيف ، وقيل : لا يضر الاستعمال الخفيف . « مغني »^(٣) .

قوله : (كَأَسْقِنِي) بهمة الوصل إن كان من سقى ، وبهمة القطع إن كان من أسقى على
القاعدة : من أن الهمزة إذا كانت في الماضي . . فهو في الأمر همزة قطع ، وإلا . . فهمة وصل .

قوله : (فَلَمْ يَمْتَثِلْ) أي : القن أمره .

قوله : (عَلَى الْأَوْجِهِ) أي : وفاقاً لابن العماد وغيره ، فمجرد الطلب مؤثر وإن لم يوجد
العمل ؛ لدلالة الطلب على الرضا سواء أعمل أو لم يعمل ، ومثل ذلك : الإشارة كما قاله جمع ،

(١) بهجة الحاوي (ص ٨٢)

(٢) تحفة المحتاج (٣٧٤/٤) .

(٣) مغني المحتاج (٧٧/٢)

ولو أعطاه العبد كوزاً بلا طلب ؛ فإن رده إليه ولو قبل الشرب .. بطل رده ، وإلا .. فلا . (و)
يُشترطُ (ألا يحدث عنه عيب آخر ، فإن حدث) عنه عيب (آخر) ولو (بأفة) وكان مما ينقص
القيمة لا نحو خصاء

فيسقط الرد بها ؛ قياساً على الاعتداد بها في الإذن على دخول الدار والإفناء ، وأما الكتابة .. فبحث
بعضهم : أنه إن نوى بها طلب العمل من العبد .. امتنع الرد ؛ لأنها كناية ، وإلا .. فلا ، فليتأمل .
قوله : (ولو أعطاه العبد كوزاً) أي : أو ثوباً مثلاً .

قوله : (بلا طلب) أي : من المشتري .

قوله : (فإن رده إليه) أي : رد الكوز إلى القن .

قوله : (بطل رده) أي : رده القهري بالعيب ؛ لأن رد الكوز إلى القن انتفاع به .

قوله : (وإلا .. فلا) أي : وإن لم يرد الكوز إلى القن وإن شرب منه .. لم يبطل رده القهري ؛
لأن وضع الكوز في يده كوضعه على الأرض ، قال في « الأسنى » : (فعلم : أنه لو خدمه بلا طلب
منه .. له الرد ، قال الأسنوي : وهو متجه ، ومحل الكلام في ذلك كما قال السبكي وغيره : إذا لم
نوجب التلفظ بالفسخ)^(١) أي : كما هو الأصح .

قوله : (ويشترط) أي : في جواز الرد بالعيب القديم .

قوله : (ألا يحدث عنه) أي : عند المشتري .

قوله : (عيب آخر) أي : لم يتقدم سببه ولو [كان] بفعل البائع . جمل^(٢) .

قوله : (فإن حدث عنه) أي : المشتري ؛ تفريع على الشرط المذكور .

قوله : (عيب آخر) أي : حادث واطلع على عيب قديم .

قوله : (ولو بأفة) أي : أو جنابة .

قوله : (وكان مما ينقص القيمة) أي : أو العين عما كانت وقت القبض .

قوله : (لا نحو خصاء) أي : لأنه لا ينقص القيمة ، فضابط احداث هنا كما قاله في
« التحفة » : (هو ضابط القديم فيما مر غالباً ، فمن غير الغالب : الخصاء ونحو الثيوبه ..
فهي حادث هنا ، بخلافها ثم في أوانها ، وكذا عدم نحو قراءة أو صنعة فإنه ثم لا رده ، وهنا لو
اشترى قارئاً ثم نسي .. امتنع الرد^(٣) ، وتحريمها على البائع بنحو وطء مشتر هو ابنه ليس

(١) أسنى المطالب (٦٧/٢) .

(٢) فتوحات الوهاب (١٤٦/٣) .

(٣) في الأصل : (ثم نسي له الرد) ، ولعل الصواب ما أثبت من « التحفة » (٣٧٥/٤) ، والله تعالى أعلم .

(. . سَقَطَ الرُّدُّ الْقَهْرِيُّ) . ثُمَّ إِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِيَ يُمْسِكُهُ وَيَأْخُذُ أَرْضَ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ ، أَوْ يَرُدُّهُ مَعَ أَرْضِ الْحَادِثِ

بِحَادِثِ (١) فله الرد ؛ كما أن وجدان المشتري المبيعة محرمة عليه لا يقتضي الرد ؛ لكونه ليس عيباً قديماً ، تأمل .

قوله : (سقط الرد القهري) أي : لأنه أخذه بعيب فلا يرده بعينين ، والضرر لا يزال بالضرر ، فضرر المشتري بالعيب القديم لا يزال بضرر البائع بالرد مع العيب الحادث ، وفهم من قوله : (القهري) جواز الرد بخير المجلس أو الشرط ، وهو كذلك ؛ ففي « التحفة » : (أما إذا كان الخيار للمشتري أو لهما . . فللمشتري الفسخ من حيث الخيار ، وإن حدث العيب في يده . . فيرده مع الأرض ، ولو أقاله بعد حدوث عيب بيده . . فللبائع طلب أرضه ؛ لصحتها بعد تلف المبيع بالثمن ، فكذا بعد تلف بعضه ببعض الثمن) (٢) .

قوله : (ثم إن اتفقا) أي : البائع والمشتري بعد سقوط الرد القهري بحدوث العيب ، وترك الشارح هنا مرتبة قبل هذا ، وهي : ما إذا رضي به البائع بلا أرض للحادث ، وحينئذ : فإذا أن يرده المشتري بلا أرض ، أو يئتمن به بلا أرض للقديم ؛ لعدم الضرر حينئذ ، ولذا : قال بعضهم : (المراتب ثلاثة : الأولى : رضا البائع بالفسخ بلا أرض ، والثانية : اتفاقهما على الفسخ أو الإجازة مع الأرض ، والثالثة : عده اتفاقهما أصلاً) تأمل (٣) .

قوله : (على أن المشتري يمسكه) أي : المبيع معيباً بالعيب الحادث .

قوله : (ويأخذ أرض العيب القديم) أي : ولم يكن المبيع ربوياً بيع بعجنسه ، والأرض هنا جار على القاعدة الآتية فيه من أنه جزء من الثمن . . إلخ ؛ بأن يقوم سليماً ومعيباً بالقديم ، ويؤخذ بهذه النسبة من الثمن .

قوله : (أو يرده مع أرض الحادث) أي : بأن يغرم المشتري للبائع أرض الحادث ، قال بعضهم : (والأرض هنا لبس على القاعدة الآتية ، بل التفاوت الذي بين قيمته معيباً بالقديم ومعيباً بهما ، فإذا قومناه معيباً بالقديم ساوئاً تسعين ، ومعيباً بهما ساوئاً ثمانين . . فالأرض عشرة ، ولا ننسبه للثمن ولا نأخذه منه) فليتأمل (٤) .

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٧٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٤/٣٧٧) .

(٣) انظر « فتوحات الوهاب » (٣/١٤٦) .

(٤) فتوهاب الوهاب (٣/٤٦) .

فظاهرٌ ، وإلا ؛ كأن طلب أحدهما الردَّ مع أرش الحادث والآخذ الإمساك مع أرش القديم . . أُجيب طالب الإمساك ؛ لأنَّ الشارعَ متشوّفٌ إلى بقاء العقود . ويمتنع أخذ الأرض حيث كان هناك رباً ،

قوله : (فظاهر) أي : لأن الحق لهما لا يعدوهما ، ومن ثم : تعين على ولي أو وكيل فعل الأخط ، قال في « المغني » : (فإن قيل : قد مر أن أخذ أرش القديم بالراضي ممتنع . . أُجيب بأنه عند إمكان الرد يتخيل أن الأرض في مقابلة سلطنة الرد وهي لا تقابل ، بخلافه عند عدم إمكانه ؛ فإن المقابلة تكون عما فات من وصف السلامة [في المبيع] ^(١) .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يتفقا على ذلك .

قوله : (كأن طلب أحدهما) أي : سواء البائع والمشتري .

قوله : (الرد مع أرش الحادث) أي : الفسخ مع أخذ أرش العيب الحادث أو إعطائه .

قوله : (والآخر) أي : وطلب الآخر سواء البائع والمشتري .

قوله : (الإمساك مع أرش القديم) أي : الإجازة مع إعطاء أرش العيب القديم أو أخذه .

قوله : (أُجيب طالب الإمساك) أي : سواء كان هو البائع أم المشتري كما تقرر ، وهذا إن بادر المشتري بإعلام البائع بالحادث مع القديم ليأخذ المبيع بلا أرش أو يتركه بإعطاء أرش ، فإن آخر إعلامه بذلك بلا عذر . . بطل الرد والأرش عن القديم ؛ لإشعار التأخير بالرضا به .

نعم ؛ إن كان الحادث قريب الزوال غالباً ؛ كالرمد والحمى . . لم يضر انتظاره ليرده سالماً على المعتمد ، وضبط القرب ثلاثة أيام فأقل .

قوله : (لأن الشارع متشوّف إلى بقاء العقود) أي : تقريرها ، ولأن الرجوع بأرش القديم يستند إلى أصل العقد ؛ لأن قضيته : ألا يستقر الثمن بكماله إلا في مقابلة السليم ، وضم أرش الحادث إدخال شيء جديد لم يكن في العقد فكان الأول أولى ، واستشكل هذا بما مر آنفاً : أنهما لو تراضيا بالرد مع ضم أرش الحادث . . جاز وإن لم يكن مستنداً إلى أصل العقد ، وأُجيب بأنه لما كان الفسخ بالتراضي . . احتمل فيه هذه الزيادة التابعة . « أسنى » ^(٢) .

قوله : (ويمتنع) أي : على المشتري ؛ هذا محترز قيد ملحوظ فيما مر كما قررته .

قوله : (أخذ الأرض) أي : للعب القديم إذا حدث به عيب حادث .

قوله : (حيث كان هناك رباً) أي : حيث كان في أخذ الأرض رباً ، بل يفعل المتصرف عن الغير

(١) مغني المحتاج (٢/٧٨) .

(٢) أسنى المطالب (٢/٦٨) .

فَإِذَا اشْتَرَى حُلِيًّا بوزنه ذهباً ، ثُمَّ عَلِمَ بِهِ عَيْباً ، وَحَدَّثَ عَنْهُ عَيْبٌ . . . لَمْ يَجْزُ أَخْذُ أَرَشٍ الْقَدِيمِ مِنَ الذَّهَبِ وَلَا مِنْ غَيْرِهِ . وَإِذَا اسْتَحَقَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ ، وَصَالِحُهُ الْآخَرُ عَلَى تَرْكِهِ بِشَيْءٍ . . . لَمْ يَسْتَحَقَّهُ مطلقاً . . .

الأصلح وجوباً ، ويتخير غيره بين أن يمسكه بلا أَرَشٍ له عن القديم أو يرده مع أَرَشٍ العيب الحادث ، قال في « البهجة » :

[من الرجز]

وإن بجنسه ربوي يبعاً رَدَّ بأَرَشٍ حادثٍ جميعاً^(١)

قوله : (فإذا اشترى حلياً) أي : من ذهب .

قوله : (بوزنه ذهباً) أي : أو اشترى حلياً من فضة بوزنه فضة .

قوله : (ثم علم به) أي : بالحلي .

قوله : (عيباً) أي : قديماً وكان العيب بغير غش ؛ وإلا . . . فقد بان فساد البيع ؛ لاشتماله على ربا الفضل ، أفاده في « الأسنى » عن ابن يونس^(٢) ، قال ابن قاسم : (أو على قاعدة مد عجوة إن كان للغش قيمة) .

قوله : (وحدث عنده عيب) أي : كانكساره مثلاً .

قوله : (لم يجز أخذ أَرَشٍ القديم من الذهب) أي : لأنه يؤدي إلى الربا ؛ لأن الثمن ينقص فيصير الباقي منه مقابلاً بأكثر منه .

قوله : (ولا من غيره) أي : من غير الذهب ؛ لإفضائه إلى قاعدة مد عجوة ، فيتعين فسخ العقد ولو بدون بائع أو حاكم على المعتمد ؛ لأنه رد بعيب ولا تحالف فيه ، ورد الحلي بأَرَشٍ الحادث ولو من جنس الحلي ، ولا ربا ؛ لأن الحلي في مقابلة الثمن وهما متماثلان ، والأَرَشُ للعيب المضمون عليه كعيب المأخوذ بالسوم ، ولأنه لو امتنع الجنس . . . لامتنع غيره ؛ لأنه بيع ربوي بجنسه مع شيء آخر ، تأمل .

قوله : (وإذا استحق الرد بالعيب . . .) إلخ ، هذا مرتبط بجميع المسائل السابقة لا خصوص مسألة الربوي المذكورة .

قوله : (وصالحه الآخر على تركه بشيء) أي : كأن صالح البائع المشتري بجزء من الثمن أو غيره عن الرد .

قوله : (لم يستحقه مطلقاً) أي : سواء علم بطلان ذلك الصلح أم لا ، وإنما لم يصح ؛ لأن

(١) بهجة الحاوي (ص ٨٣)

(٢) أسنى المطالب (٧٠ / ٢)

وَأَمَّا رُدُّهُ ؛ فَإِنْ جَهِلَ بَطْلَانُ الصُّلْحِ . . فَهُوَ بَاقٍ ، وَإِلَّا . . . فَلَا . وَإِذَا أَخَذَ الْأَرْضَ عَنِ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ ، أَوْ قَضَى بِهِ الْقَاضِي ، فَزَالَ الْحَادِثُ . . لَمْ يَرُدَّ إِلَّا بِالتَّرَاضِي . وَالْأَرْضُ : جِزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ ،

الرد خيار فسخ فأشبهه خيار المجلس والشرط في كونه غير متقوم .

قوله : (وأما رده) أي : المعيب .

قوله : (فإن جهل بطلان الفسخ) أي : وكان معذوراً بجهله كما في نظائره .

قوله : (فهو باق) أي : فلا يسقط رده ؛ لأن العوض لم يسلم له ولا تقصير منه فبقي على حقه .

قوله : (وإلا . . فلا) أي : وإن لم يجهل ببطلانه . . فلا يبقى رده ، بل يبطل ؛ لتأخير الرد مع الإمكان .

قوله : (وإذا أخذ) أي : المشتري .

قوله : (الأرض عن العيب القديم) أي : لتعذر الرد القهري بعيب حدث عنده .

قوله : (أو قضى به القاضي) أي : أو لم يأخذ الأرض عنه ، ولكن قضى له به ؛ لحدوث عيب منع الرد القهري .

قوله : (فزال الحادث) أي : العيب الحادث .

قوله : (لم يرد) أي : المشتري بالعيب القديم .

قوله : (إلا بالتراضي) أي : من المشتري ومن البائع على الرد ؛ لأن الأمر قد انفصل بالأخذ في الأولى وملكه ملكاً مستقراً ، وبقضاء القاضي في الثانية ، ومن ثم : ما أوهمه كلامه كغيره من أن الرد فيهما بالعيب القديم غير مراد ، وإنما المراد : الفسخ بالإقالة ، وخالف « الحاوي » في الثانية فجري على جواز الرد بعد قضاء القاضي بالأرض^(١) ، وتبعه صاحب « البهجة » حيث قال : [من الرجز] وقبله بعد قضاء القاضي بالأرض لم يمنع كالتراضي^(٢)

أما إذا زال قبلهما . . فله الفسخ ولو بعد التراضي على الأرض .

قوله : (والأرض) أي : في جميع الصور السابقة ، إلا فيما مر في رد المشتري مع أرض الحادث . . فإنه التفاوت الذي بين كونه معيباً بالقديم ومعيباً بهما .

قوله : (جزء من الثمن) أي : من عين ثمن المبيع مثلياً كان أو متقوياً فيستحقه المشتري ، فلو

(١) الحاوي الصغير (ص ٢٧٧) .

(٢) بهجة الحاوي (ص ٨٣) .

نسبته إليه كنسبة ما نقص ألييب من قيمة المبيع إليها لو كان سليماً ، فلو اشتراه بعشرة وقيمتة بلا
 عيب مئة وبه ثمانون كان التفاوت الخمس ، فله خمس الثمن وهو اثنان . (ولو اختلفا في أن
 العيب قديم أو حادث)

اشترى عبداً بعرض ثم اعتنه مثلاً ثم اطلع فيه على عيب . . استحق الذي اشتراه به شائعاً إن كان
 باقياً ، فإن تلف [العرض] . . استحق ما يقابل قدر ما يخصه من قيمة العبد . (ع ش)^(١) .

قوله : (نسبته إليه) أي : نسبة الجزء إلى الثمن .

قوله : (كنسبة ما نقص العيب من قيمة المبيع) أي : كنسبة الجزء الذي نقصه العيب من القيمة .

قوله : (إليها) متعلق بنسبة الثانية ، وذكره لا بد منه ؛ لأن النسبة لا بد فيها من منسوب
 منسوب إليه ، والنسبة هنا مذكورة مرتين ؛ فالأولى وهي النسبة المذكورة في الجزء الذي هو
 الأرض وقد ذكر فيها الأمرين ، وأما الثانية . . فذكر معها المنسوب خاصة ؛ وهو المقدار الذي نقصه
 العيب من القيمة ، فيقال : نأخذ نسبة هذا المقدار من تمام القيمة ؛ فكأن من تركها اتكالا على
 لعلم بذلك ، تدبر .

قوله : (لو كان سليماً) متعلق بالقيمة ؛ أي : من قيمة المبيع باعتبار حال السلامة .

قوله : (فلو اشتراه) أي : المبيع .

قوله : (بعشرة وقيمتة لا عيب) أي : حال السلامة (مئة) .

قوله : (وبه) أي : وقيمتة حال وجود العيب (ثمانون) .

قوله : (كان التفاوت الخمس) أي : التفاوت بين قيمته سليماً وقيمتة معيباً الخمس ؛ وهو
 عشرون .

قوله : (فله) أي : للمشترى .

قوله : (خمس الثمن ؛ وهو اثنان) أي : لأنه خمس العشرة ، وإنما رجع بجزء الثمن
 لا بالتفاوت بين القيمتين ؛ لثلا يجمع بين الثمن والمثل في بعض الصور كما ذكر ، ولأن المبيع
 مضمون على البائع به فيكون جزؤه مضموناً عليه بجزئه ؛ كالحريض بالدية وبعضه ببعضها ، فإن
 قبضه . . رد جزأه ، وإلا . . سقط عن المشتري ، لكن بعد طلبه على المعتمد .

قوله : (ولو اختلفا) أي : البائع والمشتري .

قوله : (في أن العيب قديم أو حادث) أي : بأن قال كل للآخر : حدث عندك .

وَأَمَّا كُلُّ مَنْهُمَا (.. صُدِّقَ الْبَائِعُ بِبَيْمِينِهِ) لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعَيْبِ ، فَإِنْ أَسْتَحَالَ الْحَدُوثُ ..
صُدِّقَ الْمُشْتَرِي بِبَلَا يَمِينٍ ، أَوْ الْقَدَمُ .. صُدِّقَ الْبَائِعُ بِبَلَا يَمِينٍ . (وَإِذَا رَدَّهُ)

قوله : (وَأَمَّا كُلُّ مَنْهُمَا) أي : بأن احتمل قدمه وحدوثه ؛ كبرص .

قوله : (صدق البائع) أي : في دعواه حدوثه .

قوله : (ببيمينه) أي : على حسب جوابه لفظاً ومعنى ، لكن لا يثبت ببيمينه حدوث العيب مطلقاً ؛ لأنها صلحت للدفع عنه فلا تصلح لشغل ذمة المشتري ، فلو فسخ البيع بعد ذلك بتحالف مثلاً . . لم يكن له أرش العيب ، وللمشتري أن يحلف الآن أنه ليس بحادث .

قوله : (لأن الأصل : عدم العيب) أي : في يد البائع ؛ تعليل لتصديقه ، وقيل في تعليله : إن الأصل لزوم العقد ، وينبني عليهما ما لو باع بشرط البراءة من العيوب . . فإنه لا يبرأ مما حدث بعد العقد وقبل القبض ، فلو ادعى المشتري هذا والبائع قدمه على العقد . . صدق البائع على الثاني كما شمله المتن ، والمشتري على الأول ؛ لأنهما متفقان على وجوده في يد البائع ، إلا أنه يدعي سبقه على العقد والمشتري يدعي آخره عنه ، فلو ادعى البائع في هذه الصورة حدوثه في يد المشتري . . فسقتضى ما تقدم أنه المصدق ، تأمل .

قوله : (فإن استحال الحدث) محترز قوله : (وَأَمَّا كُلُّ مَنْهُمَا) وذلك كأصبع زائدة وشين شجة مندملة وقد جرى البيع أمس .

قوله : (صدق المشتري بلا يمين) أي : في دعواه قدم العيب .

قوله : (أو القدم) أي : أو استحالة قدم العيب ؛ كشجة طرية وقد جرى البيع والقبض من سنة مثلاً .

قوله : (صدق البائع بلا يمين) أي : في دعواه الحدث ، ولو ادعى المشتري قدم عيبين فصدقه البائع في أحدهما فقط . . صدق المشتري ببيمينه ؛ لثبوت الرد بإقرار البائع ، فلا يسقط بالشك ولا يرد على المتن ، خلافاً لمن زعمه ؛ لأن الرد إنما نشأ مما اتفقا عليه ، وكلامه فيما اختلفا فيه كما ترى ، لا يقل : هما قد اختلفا في الثاني وصدق المشتري في قدمه حتى لا يمتنع رده ؛ لأننا نقول : تصديقه ليس إلا لقوة جانبه بتصديق البائع له على موجب الرد ، فلم تقبل إرادته رفعه عنه بدعوى حدوث الثاني ، فالحامل على تصديقه سبق إقرار البائع لا غير ، فلم يصدق أن المشتري صدق في القدم على الإطلاق ، تأمل .

قوله : (وإذا رده) هذا شروع في بيان حكم الزوائد المنفصلة ، ولم يذكر حكم المتصلة ؛ كالسمن وتعلم القرآن والحرفة والكبر ، ومعلوم : أنها تابعة للأصل في الرد ؛ لعدم إمكان إفرادها

أَي : الْمَشْتَرِي الْمَبِيعَ ، أَوْ الْبَائِعُ الثَّمَنَ بَعِيْبٍ (. . فَالزَّوَائِدُ) الْمَنْفَصْلَةُ فِي يَدِهِ (لَهُ) لِأَنَّ الْفَسْخَ
يُتِمَّا يَرْفَعُ الْعَقْدَ

العقد ؛ كحمل قارن بيعاً . بخلاف الحادث في ملك المشتري فإنه لا يتبع الأصل في الرد .
قوله : (أَي : المشتري المبيع أو البائع الثمن) تفسير للضمير المستتر والبارز في (رده) ، فلا
فرق في الزيادة بين أن تكون في الثمن أو في الثمن ، ولا في الفسخ بين أن يكون من البائع أو
للمشتري كما اقتضاه إدلاقه ، ودل عليه كلامهم تصريحاً وتلويحاً ، أفاده في « حاشية
الروض »^(١) .

قوله : (بعيب) متعلق بـ (رده) .

قوله : (فالزوائد المنفصلة) أَي : كالولد والأجرة ، وكسب الرقيق وركاز وجده الرقيق ،
وما وهب له فقبله وقبضه . وما وصي له به فقبله ، ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة ، وأفاد بعضهم :
أن ضابط المنفصلة : ما يمكن إفرادها بالعقد ، والمتصلة : ما لا يمكن إفرادها به ، تأمل .
قوله : (في يده) متعلق بـ (المنفصلة) ، وهذا يقتضي : أن الرد إن كان قبل القبض . .
لا تكون الزيادة له ، وهو رجه ضعيف ؛ ففي « المنهاج » : (وهي للمشتري إن رد بعد القبض ،
وكذا قبله في الأصح) ، تأمل^(٢) .

قوله : (له) أَي : للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن ؛ وذلك لما رواه الترمذي وحسنه
والحاكم وصححه : أن رجلاً ابتاع من آخر غلاماً ، فأقام عنده ما شاء الله ، ثم وجد به عيباً ،
فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فردّه عليه ، فقال : يا رسول الله ؛ قد استعمل غلامي ،
فقال : « الخراج بالضممان »^(٣) ، قال في « التحفة » : (ومعناه : أن ما يخرج من المبيع من غلة
وفائدة يكون للمشتري في مقابلة أنه لو تلف . . لكان من ضمانه ؛ أَي : لتلفه على ملكه ، فالمراد
بالضمان في الخبر : الضمان المعتبر بالملك ؛ إذ « أل » فيه لما ذكره البائع له صلى الله عليه وسلم
وهو ما ذكر فقط ، فخرج البائع قبل القبض والغاصب فلا يملك فوائده ؛ [لأنه لا ملك له وإن
ضمنه] ؛ لأنه لو وضع يده على ملك غيره بطريق مضمن) انتهى^(٤) .

قوله : (لأن الفسخ نما يرفع العقد) أَي : العلة الحاصلة بالعقد ؛ وهي حل الانتفاع ،

(١) حواشي الرملي على شرح اروض (٧٣ / ٢) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٢٢٣) .

(٣) سنن الترمذي (١٢٨٦) ، المستدرک (١٥ / ٢) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٤) تحفة المحتاج (٣٨٦ / ٤) .

مِنْ حِينِهِ ، وَإِذَا حَمَلْتُ فِي يَدِهِ . . فَاَلْحَمْلُ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَنْفَصِلْ إِلَّا بَعْدَ الرَّدِّ

وإلا . . فالعقد المركب من الإيجاب والقبول لا يتصور رفعه . (ع ش) .

قوله : (من حينه) أي : لا من أصله ولو قبل القبض ؛ بدليل : أنه لا يسقط الشفعة ، وأيضاً : فإن العقد لا ينعطف حكمه على ما قبله فكذا الفسخ ، قال : في « حاشية الروض » : (المراد : بارتفاعه - أي : العقد - من حينه : ارتفاع الملك في المبيع فقط دون زوائده وفوائده)^(١) .

قوله : (وإذا حملت) أي : الأمة أو البهيمة .

قوله : (في يده) أي : بأن تكون وقت البيع حائلاً ، لهذا مراده ؛ لنلا ينافي قول « التحفة » : (أو باعها حائلاً ثم حملت ولو قبل القبض . . فالولد للمشتري)^(٢) ، قال (ع ش) : (ظاهره : ولو في زمن خيار المشتري ، بل ولو فسخ بموجب الشرط ، وهو كذلك ، ومحلله حيث حدث بعد انقطاع خيار البائع إن كان ، وإلا . . فهو له وإن تم العقد للمشتري كما قدمناه) تأمل^(٣) .

قوله : (فالحمل له) أي : للمشتري ، واستشكل بنظيره في الفلس ؛ أي : فيما لو اشترى عيناً ثم حجر عليه قبل دفع ثمنها وقد حملت في يده ، فإذا رجع البائع [فيها] . . تبعها الحمل ، وأجيب بأن سبب الفسخ هناك نشأ من المشتري ؛ وهو تركه توفية الثمن ، وهنا من البائع ؛ وهو ظهور العيب الذي كان موجوداً عنده .

قوله : (وإن لم ينفصل إلا بعد الرد) أي : فيأخذه إذا انفصل ولو قبل الاستغناء عن الأم ، وليس هذا من التفريق [المحرم] ؛ لأن الفرض أن الفسخ وقع قبل الوضع ، ففي وقت أخذ الولد لم يحصل [تفريق] ؛ لأن مالهما مختلف ، وقبل الانفصال لا تفريق ؛ إذ هو إنما يكون بين الأم وفرعها .

هذا ؛ ومؤنة رد المبيع بعد الفسخ بعيب أو غيره إلى محل قبضه على المشتري ، وكذا كل يد ضامنة يجب على ربها مؤنة الرد ، بخلاف يد الأمانة ، ولو انتهى المشتري إلى محل القبض فلم يجد البائع فيه واحتاج في الذهاب إليه إلى مؤنة . . فالأقرب كما قاله الشبراملسي : أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ؛ إن وجدته . . فيستأذنه في الصرف ، وإلا . . صرف بنية الرجوع وأشهد على ذلك^(٤) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٧٣ / ٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٨٦ / ٤) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٦٨ / ٤) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٥٦ / ٤) .

(فَضْلٌ)

في التَّصْرِيةِ

وهي : أَنْ يَرِبَطَ أَخْلَافَ اللَّبُونِ حَتَّى يَوْهَمَ كَثْرَةَ لَبْنِهَا . (تَحْرُمُ التَّصْرِيةُ) لِمَا فِيهَا مِنَ التَّغْيِيرِ وَالتَّدْلِيلِ

قوله : (فصل في التصرية) هذا شروع في الأمر الثالث ؛ وهو ما يظن حصوله بالتغيير الفعلي ، وإنما خص التصرية بالترجمة ؛ لأن المصنف لم يتعرض لغيرها ، ولكثرة الأحكام فيها .
قوله : (وهي) أي : التصرية .

قوله : (أَنْ يَرِبَطَ أَخْلَافَ اللَّبُونِ) أي : ليجتمع اللبن في ضرعها ، هذا معناها اللغوي ، وهو صريح في أن التصرية مأخوذ من الصَّرُّ ؛ وهو الربط ، وبه جوز الشافعي رضي الله تعالى عنه ، واعترضه أبو عبيدة بأنه يلزمه أن يقال : مصرَّة أو مصرورة لا مصراة ، ورد بأنه ليس في محله ؛ فإنهم قد يكرهون اجتماع مثلين فيقلبون أحدهما ياء ثم ألفاً كما في (دَسَّاهَا) فإن أصله : دَسَّسَهَا ، وعليه : فيكون أصل مصراة : مصررة ، أبدلوا من الراء الأخيرة ألفاً ؛ كراهة اجتماع الأمثال .
نعم ؛ المشهور : أنها من صرَّى الماء في الحوض : جمعه ، تدبر .

قوله : (حَتَّى يَوْهَمَ كَثْرَةَ لَبْنِهَا) هذا غير داخل في المعنى اللغوي كما لا يخفى ، بل هو من معناها الشرعي ، وهو غير مقيد بالربط ، وعبارة « شرح المنهج » : (وهي أن يترك حلبه قصداً مدة قبل بيعه ؛ ليوهم المشتري كثرة اللبن) انتهى^(١) .

قوله : (تحرم التصرية) أي : وهو من الكبائر ، وقضية إطلاق المصنف كغيره : أنه لا فرق في التحريم بين أن يقصد البيع أم لا ، وبه صرح المتولي وعلله بأنه مضر بالحيوان ، لكن تعليل الشارح كالرافعي بالتغيير والتدليس يقتضي اختصاصه بما إذا أراد البيع^(٢) ، وبه صرح الدارمي ، وجمع بينهما بحمل هذا على ما [إذا] لم يحصل به ضرر البهيمة ، والحاصل : أنه عند إرادة البيع يحرم وإن لم يصل إلى حد الإضرار ؛ لوجود التدليس ، وعند انتفائها لا بد في التحريم من الضرر ، تأمل .
قوله : (لما فيها) أي : التصرية .

قوله : (من التغيير والتدليس) أي : على المشتري ، قال في « القاموس » : (غرَّر بنفسه تغييراً وتغيّراً كتجَلَّة : عرضها للهلكة)^(٣) ، قال : (والتدليس : كتمان عيب السلعة عن

(١) فتح الوهاب (١/١٧٠) .

(٢) الشرح الكبير (٤/٢٢٩) .

(٣) القاموس المحيط (٢/٤٣) ، مادة : (غرة) .

(وَيُثَبِّتُ بِهَا) وَإِنْ تَصَرَّى الْحَيَوَانُ بِنَفْسِهِ بِأَنْ تَرَكَ حَلْبُهُ لِنَحْوِ نَسْيَانٍ (الْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ) لِلْمُشْتَرِي الْجَاهِلِ بِهَا مَا لَمْ يَسْتَمِرَّ اللَّبَنُ عَلَى الْحَدِّ الَّذِي أَشْعَرَتْ بِهِ التَّصْرِيَةُ

المشتري . . .) إلخ^(١) ، وبه يعلم : أن العطف في كلامه من عطف الملزوم على اللازم .
قوله : (ويثبت بها) أي : بالتصريّة .

قوله : (وإن تصرّى الحيوان بنفسه) هو الأوجه من وجهين أطلقاهما ، ورجحه أيضاً الأذرعى وقال : إنه قضية نص « الأم » انتهى ؛ ويؤيده : أن الخيار بالعيب لا فرق فيه بين علم البائع به وعدمه ؛ أي : لحصول الضرر ، فاندفع ترجيح « الحاوي » كالغزالي مقابله ؛ لعدم التدليس . انتهى « تحفة »^(٢) .

قوله : (بأن ترك حلبه) أي : الحيوان .

قوله : (لنحو نسيان) أي : أو شغل أو ترك حلبها ليشرب أولادها فانفق عدم الشرب .

قوله : (الخيار) أي : للخبر الآتي .

قوله : (على الفور) أي : من حين الاطلاع على تصرّيتها ؛ كخيار العيب ، هذا ما رجحه الشيخان^(٣) ، وأما خبر مسلم : « من اشترى شاة مصراة . . فهو بالخيار ثلاثة أيام »^(٤) . . فمحمول على الغالب من أن التصريّة لا تظهر إلا بثلاثة ؛ لإحالة نقص اللبن قبل تمامها على اختلاف العلف أو المأوى أو تبدل الأيدي أو غيره ، ونقل عن النص امتداد الخيار ثلاثة أيام ، ورجحه جماعة ؛ للخبر المذكور .

قوله : (للمشتري الجاهل بها) أي : بحالها ثم علم بها بعد ذلك ، قال (ع ش) : (خرج به : العالم فلا خيار له ، وعليه : فلو ظنها مصراة فبانت كذلك . . ثبت له الخيار)^(٥) .

قوله : (ما لم يستمر اللبن . .) إلخ ، قيد لثبوت الخيار .

قوله : (على الحد الذي أشعرت به التصريّة) أي : فلو در اللبن على الحد الذي أشعرت به التصريّة واستمر مدة يغلب بها الظن أن كثرة اللبن صارت طيبة لها . . فلا خيار له ؛ لزوال المعنى المقتضي له ؛ كما لو لم يعلم العيب القديم إلا بعد زواله . . فلا وجه للخيار هنا وإن نوزع بأن ما كان على خلاف الجبلّة لا وثوق بدوامه .

(١) القاموس المحيط (٣١٤ / ٢) ، مادة : (الدلس) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٨٩ / ٤) .

(٣) الشرح الكبير (٢٣٠ / ٤) ، روضة الطالبين (٤٦٨ / ٣) .

(٤) صحيح مسلم (٢٤ / ١٥٢٤) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٥) حاشية الشبرايملي (٧٢ - ٧١ / ٤) .

وَكَذَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ وَالْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ فِي كُلِّ تَغْيِيرٍ فَعَلِيٍّ ؛ كَتَحْمِيرِ وَجَنَةِ ، وَتَسْوِيدِ شَعْرِ وَتَجْعِيدِهِ . وَإِنَّمَا لَمْ يُخَيَّرْ مَنْ غُبِنَ ؛ كَأَنَّ ظَنَّ زَجَاجَةً تُسَاوِي دَرَهْمًا جَوْهَرَةً تُسَاوِي أُلُوفًا

قوله : (وكذا يثبت التحريم . . .) إلخ ؛ أي : لحديث : « من غشنا . . . فليس منا »^(١) .

قوله : (والخيار على الفور) أي : قياساً على التصرية بجامع التلبيس .

قوله : (في كل تغير فعلي) ضابطه : أن يعلم ذو السلعة من نحو بائع أو مشتر فيها شيئاً لو اطلع عليه يريد أخذها . . ما أخذها بذلك المقابل ، فيجب أن يعلمه به ليدخل في أخذه على بصيرة ، كذا نقل عن « الزواجر »^(٢) .

قوله : (كتحمير وجنة) أي : وجنة الجارية ؛ تخيلاً لحسنها ، وتوريم وجهها ليظن المشتري سمئها ، قال في « القاموس » : (والوجنة - مثلثة وككلمة ومحركة - والأجنة - مثلثة - : ما ارتفع من الخدين)^(٣) .

قوله : (وتسويد شعر وتجعيد) أي : الدال على قوة البدن ؛ وهو ما فيه التواء وانقباض لا كمُقْلَقَلِ السودان ، فإن جعل الشعر على هيئته . . لا يثبت الخيار ؛ لعدم دلالة على نفاسة المبيع المقتضية لزيادة الثمن ، وشمل إطلاقه كغيره الذكر والأنثى ، وهو كذلك على المعتمد ، بل الخشنى كما بحثه في « النهاية » ، - لا بد في ثبوت الخيار من أن يكون ذلك بحيث [لا] يظهر لغالب الناس أنه مصنوع حتى لا ينسب المشتري إلى تقصير^(٤) .

قوله : (وإنما لم يخير من غبن . .) إلخ ، هذا جواب سؤال وارد على ثبوت الخيار بالتغيرير الفعلي .

قوله : (كأن ظن زجاجة تساوي درهماً . .) إلخ ، فيه إشارة إلى أنه لا بد أن يكون لها قيمة وإن قل ، قال في « النهاية » : (وإلا . . فلا يصح بيعها)^(٥) .

قوله : (جوهرة تساوي ألوفاً) أي : فاشترائها بها عملاً بظنه ، قال (ع ش) : (خرج ما لو قال له البائع : هي جوهرة . . فثبت له الخيار في هذه الحالة فيما يظهر)^(٦) .

(١) أخرجه مسلم (١٦٤) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) الزواجر عن اقتراف الكبائر (١ / ٥١٧) .

(٣) القاموس المحيط (٣٨٩ / ٤) ، مادة : (وجن) .

(٤) نهاية المحتاج (٧٥ / ٤) .

(٥) نهاية المحتاج (٧٥ / ٤) .

(٦) حاشية الشبراملسي (١٥ / ٤) .

وإنَّ تَسَبُّبَ الْبَائِعِ فِي أَنْ فَعَلَ مَا يُوْهَمُ ذَلِكَ أَنَّهَا يَاقُوتٌ ؛ لِتَقْصِيرِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْبَحْثِ وَسؤالِ الْعَارِفِينَ . (فَإِنْ رَدَّ) اللَّبُونُ (بَعْدَ الْحَلْبِ) عِنْدَهُ وَلَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَإِنْ قَالِ اللَّبْنُ ؛ لَكِنْ بِشَرَطِ أَنْ يَكُونَ لَهُ قِيَمَةٌ - كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ - .

قوله : (وإنَّ تَسَبُّبَ الْبَائِعِ فِي أَنْ فَعَلَ مَا يُوْهَمُ ذَلِكَ أَنَّهَا يَاقُوتٌ) كذا في الأصل ، وهو مخالف لقوله في « الفتح » مما نصه : (ومحل ذلك إن لم يستند ظنه لفعل البائع ؛ كأن صبغ الزجاج بصبغ صيَّرها به تحاكي بعض الجواهر فيتخير حينئذ ؛ لعذره) ، فليتأمل وليراجع ^(١) .
قوله : (لتقصير المشتري) تعليل لـ (لم يخير) .

قوله : (بعدم البحث وسؤال العارفين) أي : فليس فيه كبير تغيير ، ومثل ذلك : لطلخ ثوب الرقيق بمداد تخيلاً لكتابته ، أو إلباسه ثوب خباز تخيلاً لصنعتة فأخلف فإنه لا يتخير ؛ لتقصيره حيث اغتر بما ليس فيه كبير تغيير ، قيل : لا يحرم على البائع فعل ذلك ، ورد بأنه يحرم كل فعل بالمبيع أو الثمن أعقب ندماً لآخذه .

نعم ؛ استشكل صحة البيع في ذلك بأن حقيقته المشتربة لصحة البيع مفقودة حينئذ ، فكان ينبغي ألا يصح ؛ لانتفاء شرطه ، وأجيب بأنها لا تعتبر ، بدليل : أنه صلى الله عليه وسلم علم من يخدع في البيع أن يقول : (لا خلافة) كما مر ^(٢) ، ولم يثبت له خياراً ولا أفسد شراءه ، فدل على ما ذكر من عدم الاعتبار مع التقصير على أنه قد مر : أن المراد من الرضا في الحديث إنما هو اللفظ الدال عليه وإن كره بيعه بقلبه وقد وجد اللفظ فيما نحن فيه ، فليتأمل .

قوله : (فَإِنْ رَدَّ اللَّبُونُ) أي : المصراة وغيرها .

قوله : (بعد الحلب عنده) أي : عند المشتري .

قوله : (ولو بغير إذنه) أي : كما اقتضاه إطلاقهم ، بل قيل : إن الدار على انفصال لبن منها ولو بنفسه ، أو وضعها ولدها ، أو وضعت هي نفسها ، فليراجع .

قوله : (وإن قل اللبن) أي : لأن اللبن الموجود عند البيع يختلط بالحادث ويتعذر تمييزه ، فعين له الشارع بدلاً ؛ قطعاً للتراع ، فلا يختلف قدر التمر بقلة اللبن وكثرته ؛ كما لا يختلف غرة الجنين باختلاف ذكورة وأنوثة ، ولا أرش الموضحة باختلافها صغراً وكبراً ، تدبر .

قوله : (لكن بشرط أن يكون له قيمة كما هو ظاهر) أي : إذ لا يضمن إلا ما هو كذلك .

(١) فتح الجواد (٤٠٦/١) .

(٢) أخرجه البخاري (٢١١٧) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

وإن اشتراها بدون صاع ، أو ردّها بعيبٍ غير عيب التصرية (.. ردّها معها صاع تمر) متوسط من تمر البلد

قوله : (وإن اشتراها بدون صاع) أي : أو بصاع ؛ لأن الربا لا يؤثر في الفسوخ كما قاله القاضي وغيره ، على أنه في الحقيقة لا مجال فيه بوجه ؛ لأن الفسخ رفع العقد وهو يقتضي ترداد العوضين ، فما أخذه المشتري هو الثمن الذي أعطاه ، وما رده من الثمن بدل اللبن الذي كان ملكاً للبائع حين البيع . (ع ش) ^(١) .

قوله : (أو ردّها) أي : المصرة .

قوله : (بعيب غير عيب التصرية) أي : كأن رضي بعيب التصرية بعد الحلب ثم وجد بها عيباً آخر . . فإنه يردها مع بدل اللبن كما نقل عن النص ، قال في « التحفة » : (أو بغير عيب ؛ كتخالف أو تقايل فيما يظهر) ^(٢) .

قوله : (رد معها صاع تمر) أي : فلا يجوز غير التمر ولو أعلى منه ودون الصاع ؛ للخبر الآتي ، وقيل : يكفي صاع قوت ؛ لأنه ورد في رواية ذكر التمر كما يأتي ^(٣) ، وفي رواية ذكر الطعام كما رواه الترمذي وصححه ^(٤) ، وفي أخرى ذكر القمح ^(٥) ، فدل ذلك على اعتبار القوت مطلقاً .

قال في « التحفة » : (وردوه برواية مسلم : « رد معها صاع تمر لا سمراء » ^(٦) أي : حنطة ، فإذا امتنعت وهي أعلى الأقوات عندهم . . فغيرها أولى ، ورواية القمح ضعيفة ، والطعام محمولة على التمر ؛ لما ذكر ، وإنما لم يجز أعلى منه بخلاف الفطرة ؛ لأن القصد بها سد الخلة ، وهنا قطع النزاع مع ضرب من التعبد ؛ إذ الضمان بالتمر لا نظير له ، لكن لما كان الغالب التنازع في قدر اللبن . . قدر الشارع بدله بما لا يقبل تنازعا ؛ قطعاً له ما أمكن) تأمل ^(٧) .

قوله : (متوسط من تمر البلد) أي : فيتعين كونه من تمر البلد الوسط ، كذا عبر به جمع ، ولا ينافيه تعبير غيرهم بالغالب كالفطرة ؛ إما لأن المراد بـ (الوسط) هذا ، أو أن الوسط يعتبر بالنسبة لأنواع الغالب وإن لم يكن من نوع تمر الحجاز .

(١) حاشية الشيراملسي (١٢/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٩٠/٤) .

(٣) أخرجه البخاري (٢١٤٨) ، ومسلم (٢٤/١٥٤٢) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) سنن الترمذي (١٢٥٢) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٥) أخرجه أبو داود (٣٤٤٦) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٦) صحيح مسلم (٢٦/١٥٢٤) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٧) تحفة المحتاج (٣٩٠/٤) .

إِنْ تَلَفَ اللَّبَنُ الْمَحْلُوبُ ، أَوْ لَمْ يَنْفَقْ عَلَى رَدِّهِ وَلَا رَدُّ غَيْرِهِ مِنْ قُوْتٍ أَوْ غَيْرِهِ . فَإِنْ فَقَدَ التَّمْرُ فقيمتُهُ وقتَ الرَّدِّ بِالْمَدِينَةِ الشَّرِيفَةِ عِنْدَ الْمَاورِدِيِّ ، وَأَقْرَبُهُ فِي « الرُّوضَةِ »

قوله : (إن تلف اللبن المحلوب) مقتضاه : أنه لا يجب رد الصاع بعد الحلب وقبل التلف ، وليس مراداً ؛ فقد صرحوا بأنه إذا كان اللبن موجوداً وطلب البائع رده . . لم يجبر المشتري عليه ؛ لأن ما حدث منه بعد البيع ملك له ، وإن طلبه المشتري . . لم يكلف البائع قوله وإن لم يتغير ؛ لذهاب طراوته ، اللهم إلا أن يقال : مراده بـ (التلف) هنا : مجرد الحلب وإن كان باقياً ؛ لأنه بمجرد يسري إليه التلف ، لكنه يصير مكرراً مع قول المتن : (بعد الحلب) ، وبالجمله : فالأولى حذفه ، تدبر .

قوله : (أو لم يتفقا) أي : البائع والمشتري .

قوله : (على رده) أي : اللبن المحلوب .

قوله : (ولا رد غيره من قوت أو غيره) أي : من مثلي ومتقوم ، إن تراضيا على رده أو رد غيره . . جاز ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما ، قال الزركشي : والظاهر : أنهما لو تراضيا على الرد بغير بدل . . جاز .

قوله : (فإن فقد التمر) أي : تعذر عليه تحصيله بثمن مثله في بلد ودون مسافة قصر إليها ، كما بحثه في « التحفة » أخذاً مما في فقد إبل الدية^(١) .

قوله : (فقيمته) أي : صاع التمر .

قوله : (وقت الرد) أي : كما قاله البندنجي وغيره لا أكثر الأحوال ، خلافاً للغزالي ، ويكفي في علم ذلك استصحاب ما علم قبل للبائع أو غيره ، فإذا فارق البائع المدينة وقيمة الصاع فيها درهم مثلاً استصحب ذلك . . فيجب أن يرد مع الشاة درهماً حتى يعلم خلافه أو يقطن ، فاده (ع ش)^(٢) .

قوله : (بالمدينة الشريفة) على مشرفها أفضل الصلاة والسلام .

قوله : (عند الماوردي ، وأقره في « الروضة »^(٣)) هذا هو المعتمد كما جرى عليه ابن المقري في « روضه » ، قاله في « النهاية »^(٤) ، واعترض بأن الماوردي لم يرجح شيئاً ، وإنما حكى وجهين فقط^(٥) ، وأجيب بأن من حفظ . . حجة على من لم يحفظ .

(١) تحفة المحتاج (٣٩٠ / ٤) .

(٢) حاشية الشبرايملي (٧٣ / ٤) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٩٢ / ٦) ، روضة الطالبين (٤٦٩ / ٣) .

(٤) نهاية المحتاج (٧٣ / ٤) .

(٥) الحاوي الكبير (٢٩٢ / ٦) .

وبأقرب بلد للتمر إلى بلد العقد عند آخرين ؛ وذلك للحديث الصحيح فيه . وإنما يرد الصاع كما ذكر (إن كان الحيوان) له ردود بعد حلبه (مأكولاً) كالأرنب ،

قوله : (وبأقرب بلد للتمر إلى بلد العقد) عطف على (بالمدينة) ، وهذا هو الوجه الآخر الذي حكاه الماوردي^(١) .

قوله : (عند آخرين) أي : من الأصحاب ، وصححه السبكي والأذري أخذاً من كلام الشافعي رضي الله تعالى عنه ، قال لزرکشي : على أن التقيد بالمدينة لا وجه له ، بل ينبغي اعتبار الحجاز ، وكلام الإمام يشير إليه ، نال في « التحفة » : (ويمكن توجيهه بأن التمر موجود منضبط [القيمة] بالمدينة غالباً ، فالرجوع إليها لمنع للتزاع فتعين) تأمل^(٢) .

قوله : (وذلك) أي : الأصل في تحريم التصرية وثبوت الخيار بها وجوب الصاع عند الرد لها ، فهو دليل لما في الترتمة كله .

قوله : (للحديث الصحيح فيه) رواه البخاري ومسلم وغيرهما ، ولفظه : « لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك - أي : النهي - فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ؛ إن رضيها .. أمسكها ، وإن سخطها .. ردها وصاعاً من تمر »^(٣) .

قوله : (وإنما يرد الصاع كما ذكر) أي : من تمر متوسط من تمر البلد ... إلخ .

قوله : (إن كان الحيوان المردود بعد حلبه مأكولاً) أي : ولو غير الغنم ، هذا هو الأصح المشهور ، قال بعضهم : وثبوته في الإبل والغنم بالنص ، وفي البقر : إما بالنص ؛ لرواية : « من اشترى مصراً »^(٤) ، وإما بالقياس الأولوي على الإبل ؛ فإنها أكثر لبناً من الإبل ، وأما تعميمه في كل مأكول .. فلرواية : « من اشترى مصراً » (انتهى^(٥)) ، وسيأتي عن « التحفة » ما يوضحه .

قوله : (كالأرنب) أي : والثعلب والضبع ونحوها فيرد معها الصاع وإن استبعده الأذري ؛ لما تقرر من رواية : « من اشترى مصراً » ، قال في « التحفة » : (وكون نحو الأرنب لا يقصد لبنه إلا نادراً وإنما يرد لو أثبتوه قياساً ، وليس كذلك ؛ لما علمت من شمول لفظ الخبر له ؛ إذ النكرة في حيّز الشرط للعموم ، فذكر « شاة » في رواية من ذكر [بعض] أفراد العام - أي : وقد تقرر في الأصول :

(١) الحاوي الكبير (٦/٢٩٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٤/٣٩٠) .

(٣) صحيح البخاري (٢١٤٨) ، صحيح مسلم (٢٤/١٥٢٤) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) أخرجه الترمذي (١٢٥١) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٥) انظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (٦٢/٢) .

بخلاف لبن الأمة ؛ إذ لا يُعتاضُ عنه غالباً ، ولبن الأتان ؛ لنجاسته .

(فَضْلٌ)

في أحكام المبيع قبل قبضه وبيان القبض وتوابعه

(الْمَبِيعُ)

أنه لا يخصصه - والتعبد هنا غالب ، فمن ثم لم يستنبط من النص معنى يخصصه بالنعم ، وبهذا يتضح اندفاع ما أطال به جمع من الانتصار ؛ لاختصاصه بالنعم (تأمل^(١)) .

قوله : (بخلاف لبن الأمة) أي : فإنه وإن ثبت الخيار بتصريتها . لا يرد معها شيئاً بدل اللبن المحلوب .

قوله : (إذ لا يعتاض عنه غالباً) أي : لم يعتد الاعتياض عنه ، وهذا المعنى موجود في نحو الأرنب ، إلا أن يقال : إن لبن الأمة لم يعتد الاعتياض عنه مع استعماله والاحتياج إليه ، بخلاف الأرنب ؛ إذ لم تجر العادة باستعماله والاحتياج إليه . ابن قاسم ، وفيه ما لا يخفى ؛ فإن مقتضاه : ألا يرد مع لبن الأرنب بالأولى . شرواني^(٢) .

قوله : (ولبن الأتان) أي : وبخلاف لبن الأتان ؛ وهي الأنثى من الحمر الأهلية ، والجمع : آتنٌ في القلة ، وأتنٌ بضمتين في الكثرة .

قوله : (لنجاسته) أي : لبن الأتان ، ومثله كما هو ظاهر غيرها مما لا يؤكل ويصح بيعه وله لبن ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل : في أحكام المبيع قبل قبضه) أي : من كونه من ضمان البائع بالمعنى الآتي ، وثبوت الخيار بالتعيب على التفصيل الآتي ، وعدم صحة التصرف فيه ، وغير ذلك ، قال شيخنا : (ومثل المبيع فيما ذكر الثمن المعين)^(٣) ، كما سيأتي في كلام المصنف .

قوله : (وبيان القبض) أي : بيان القبض المترتب عليه انتقال الضمان عن البائع .

قوله : (وتوابعه) يعني : ما يتعلق بذلك ؛ كإيجاب البائع على تسليم المبيع المعين .

قوله : (المبيع) أي : لا زوائده^(٤) الحادثة بعد البيع وقبل القبض فإنها أمانة تحت يد

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٩١) .

(٢) حاشية الشرواني (٤/٣٩١) .

(٣) إعانة الطالبين (٣/٣٧) .

(٤) في الأصل : (فوائده) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ (ومعنى كونه (مِنْ ضَمَانِهِ) : انْفِصَاخُ الْبَيْعِ بِتَلَفِهِ حِينَئِذٍ ، كَمَا قَالَ :
(فَإِنْ تَلَفَ) بِأَقَاةٍ)

البائع ، ولا أجرة لها وإن استعملها ؛ لأن ضمان الأصل بالعقد ولم يوجد في الزوائد ولم تحتويه عليها لتملكها ولا للانتفاع بها ، ولم يوجد منه تعد كالغاصب حتى يضمن ، وسبب ضمان اليد عندهم أحد هذه الثلاثة ، تأمل .

قوله : (قبل قبضه) أي : الواقع عن البيع ، فلو أقبضه إياه لا عن البيع ، بل على أنه وديعة عنده . . فهو كالعديم فيكون على ضمان البائع .

قوله : (من ضمان البائع) أي : المالك وإن صدر العقد من وليه أو وكيله وإن عرضه على المشتري فامتنع من قبوله ما لم يضعه بين يديه ويعلم به ، ولا مانع له منه ؛ كأن يكون بمحل لا يلزمه تسلمه فيه .

قوله : (ومعنى كونه) أي : المبيع قبل القبض .

قوله : (من ضمانه) أي : البائع .

قوله : (انفساخ البيع بتلفه) أي : بأقاة أو بإتلاف البائع وثبوت التخيير بتعييبه ، أو تعيب غير مشتر وإتلاف أجنبي ، وإذا أبرأ المشتري البائع عن ضمانه لو تلف أو أتلفه . . لم يبرأ ؛ لأنه إبراء عما لم يجب ، وهو باطل وإن وجد سببه الذي هو العقد ، وظاهر كلامهم : وإن اعتقد البائع صحة البراءة ؛ لأن علة الضمان كونه في يده وهي باقية .

قوله : (حينئذ) أي : حين إذ كان قبل القبض ، قال شيخنا رحمه الله تعالى : (وكون هذا يقال له : ضمان مجرد اصطلاح ولا مشاحة فيه ، وهذا الضمان يسمى ضمان عقد ؛ وذلك لأن المال الذي تحت يد غيره : إما مضمون ضمان عقد ؛ كالمبيع والضمن ، وإما مضمون ضمان يد ؛ كالمغصوب والمعار ، وإما غير مضمون أصلاً ؛ كالمال الذي تحت يد الشريك أو الوكيل)^(١) .

قوله : (كما قال) أي : المصنف رحمه الله تعالى .

قوله : (فإن تلف بأقاة) أي : سماوية ، أو حصل له ما في معنى التلف ؛ كوقوع الدرة في بحر لا يمكن إخراجها منه ، أو انفلات^(٢) ما لا يرجئ عوده من طير أو صيد متوحش ، أو اختلاط نحو ثوب أو شاة بمثله ولم يمكن التمييز ، بخلاف نحو تمر بمثله ؛ لأن المثلية تقتضي الشركة فلا تعذر ، بخلاف المتقوم .

(١) إعانة الطالبين (٣٨/٣)

(٢) في الأصل : (انقلاب) . ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ (أَوْ أَتْلَفَهُ الْبَائِعُ . . أَنْفَسَخَ الْبَيْعُ) مِنْ حِينِهِ لَا مِنْ أَصْلِهِ ، فَيُقَدَّرُ
اِنْتِقَالُ مَلِكِهِ إِلَى الْبَائِعِ قَبْلَ تَلْفِهِ حَتَّى يُلْزَمَهُ مَوْنةُ تَجْهِيزِ الرَّقِيقِ ، وَتَنْظِيفُ الْمَكَانِ مِنْ غَيْرِهِ ؛

قوله : (قبل القبض أو بعده ، والخيار للبائع) أي : وحده ، بخلاف ما إذا كان التلف بعد
القبض والخيار للمشتري وحده أو لهما .

قوله : (أو أتلفه البائع) أي : من يقع له العقد ، قال في « التحفة » : (ومن إتلافه : [نحو]
بيعه ثانياً لمن يتعذر استرداده منه)^(١) .

قوله : (انفسخ البيع) أي : في الصورتين ، قيل : يستثنى من طرده وضع المبيع بين يدي
المشتري عند امتناعه ، ورد بأن هذا قبض له حيث كان قريباً منه بحيث تناله يده من غير حاجة
لانتقال أو قيام .

قوله : (من حينه لا من أصله) يعني : قبيل التلف لا من العقد ؛ كالفسخ بالعيب ، ووجهه -
كما قال الرملي - : أن رجوع المبيع إلى ملك البائع بانفساخ أو رد بعيب أمر قهري شبيه بالإرث وإن
كان يرفع العقد من حينه ، فلهذا : يقدر دخوله في ملك البائع في كل ذلك قبيله ، وفائدته : الغنم
والغرم^(٢) .

قوله : (فيقدر انتقال ملكه) أي : المبيع .

قوله : (إلى البائع قبل تلفه) أي : قبيله كما عبر به في « التحفة » وغيرها قال : (فتكون زوائده
للمشتري حيث لا خيار ، أو تخير وحده)^(٣) .

قوله : (حتى يلزمه) أي : البائع .

قوله : (مؤنة تجهيز الرقيق) أي : لأنه ملكه .

قوله : (وتنظيف المكان من غيره) أي : غير الرقيق ، فإذا مات في الطريق . . وجب على البائع
نقله منها ، واستفيد من هذا - كما قاله بعضهم - : أن من مات له بهيمة في الطريق . . لزمه نقلها
منها ، وأنها لو ماتت في داره . . لم يجز له طرحها في الطريق ، بل ذكر الأذرعى عن البغوي تحريم
وضع القمامة في الطريق ، قال في « الإيعاب » : والكلام في غير المنعطفات فهي يجوز طرح
القمامات فيها ، وأما طرح الميت ولو نحو هر . . فينبغي حرمة حتى في تلك المنعطفات ؛ لأن فيه
أبلغ إيذاء للمارين ، وبحث ابن قاسم : أن يلحق بالميتة في ذلك ما يعرض له نحو التتن من

(١) تحفة المحتاج (٤/٣٩٨) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٢/٧٩) .

(٣) تحفة المحتاج (٤/٣٩٥) .

وذلك لتعذر قبضه (وَسَقَطَ الثَّمَنُ) إن لم يقبض ، وإلا . . رده للمشتري . (وَإِنْ أَتْلَفَهُ الْمُشْتَرِي) للأهل لقبض المبيع غير ما يأتي (. . فَهُوَ كَقَبْضِهِ إِيَّاهُ) وإن جهل ؛

أجزائه ؛ ككرش وإن كان مذكي ؛ للإيذاء المذكور ، والفرق بينه وبين قضاء الحاجة حيث لا يحرم على المعتمد : أن خروج الخارج ضروري ، وربما يضر عدم خروجه فجوزوه له ، أفاده (ع ش) (١) .

قوله : (وذلك) أي : تعليل انفساخ البيع بتلف المبيع أو إتلاف البائع له .

قوله : (لتعذر قبضه) أي : المشتري للجميع مع عدم قيام البدل مقامه ؛ بقرينة ما يأتي في إتلاف الأجنبي ، فبطل العقد ؛ كما لو تفرقا في عقد الربوي قبل القبض .

قوله : (وسقط الثمن) أي : عن المشتري .

قوله : (إن لم يقبض) أي : فينقلب الملك فيه إلى المشتري كما ينقلب ملك البيع إلى البائع .

قوله : (وإلا) أي : بأن قبض البائع الثمن .

قوله : (رده للمشتري) أي : وإن كان ديناً على البائع . . عاد عليه كما كان . « مغني » (٢) .

قوله : (وإن أتلفه) أي : المبيع قبل القبض .

قوله : (المشتري الأهل لقبض المبيع) يعني : المالك وإن لم يباشر العقد ، لا وكيله وإن باشر ، بل هو كالأجنبي وإن أذن له المالك في القبض ، واحترز بقوله : (الأهل . .) إلخ عن غيره ؛ كصبي ومجنون فإن إتلافه ليس قبضاً ، بل ينفسخ به العقد ويلزمه بدله ، وعلى البائع رد ثمنه لوليه إن قبضه ، وقد يحصل التقاوص إذا أتلف البائع الثمن أو تلف بيده .

قوله : (بغير ما يأتي) أي : بغير سبب صيال المبيع عليه ونحوه من كل ما كان الإتلاف بحق .

قوله : (فهو كقبضه إياه) أي : المبيع ، وكذا إتلاف قنه بإذنه ، ولو أتلفته دابته : فإن لم يكن معها وكان إتلافها في زمن لم يعتد حفظها فيه . . انفسخ البيع ؛ لتقصير البائع فنزل منزلة إتلافه ، وإلا . . لم ينفسخ ، ولكن لا يكون قبضاً ؛ لأنها لا تصلح له ، بل يتخير ؛ فإن فسخ . . طالبه البائع بما أتلفته ؛ لتقصيره ، بخلاف دابة البائع فإن العقد ينفسخ بإتلافها مطلقاً ؛ لأنه كإتلافه إن كان بتقصير ، وإلا . . فكالآفة ، تأمل .

قوله : (وإن جهل) أي : أنه المبيع .

(١) حاشية الشبراملسي (١٩/٤) .

(٢) مغني المحتاج (٨٧/٢) .

لأنه أتلّف ملكه . (وإن أتلّفه) أو عيّنه (الأجنبيّ بغير حقّ . . . تخيّر المشتري على التّراخي

قوله : (لأنه أتلّف ملكه) أي : كأكل المالك طعامه المغصوب ضيقاً للغاصب ولو جاهلاً بأنه طعامه فإن الغاصب يبرأ بذلك ؛ تقديماً للمباشرة ، ومقتضى التشبيه : أن الخيار لو كان للبائع . . لا يكون^(١) إتلاف المشتري قبضاً ، وهو كذلك ، ومقتضاه أيضاً : أن إتلاف غير الأهل قبض ؛ لأنه لو أكل طعامه المغصوب ضيقاً . . برىء الغاصب ، وليس كذلك كما مر ، والفرق : أن ملكه على ذلك مستقر ، وهنا غير مستقر ، ومن ثمّ كان إذن المشتري للأجنبي في الإتلاف لغواً ، أفاده الجمل^(٢) .

قوله : (وإن أتلّفه أو عيّنه) أي : المبيع قبل القبض .

قوله : (الأجنبي) أي : وإن أذن له البائع أو المشتري فيه ؛ لعدم استقرار ملكه ، أو كان عبداً للبائع ولو بإذنه ، أو للمشتري لكن بغير إذنه ، والفرق : شدة تشوف الشارع لبقاء العقود .

قوله : (بغير حق) سيأتي محترزه .

قوله : (تخيّر المشتري . . .) إلخ ؛ أي : ولا يفسخ البيع لقيام بدل المبيع مقامه ، والفرق بين هذا وبين الإجارة حيث لم يثبت فيها [الخيار] بغصب العين المكترأة حتى انقضت المدة بل يفسخ العقد : أن المعقود عليه هنا المال ، وهو واجب على الجاني ، فتعدى العقد من العين إلى بدلها ، بخلاف المعقود عليه ثمّ ؛ فإنه المنفعة ، وهي غير واجبة على متلفها ، فلم تعد العقد منها إلى بدلها ، وأيضاً : المنافع لا وجود لها بنفسها ، فإن لم يستعمل الغاصب . . فقد تلفت بنفسها فالحكم كالتلف بالآفة ، وإن استعمل . . فإنما أوجد ما يخصه ؛ فكأنه لم يوجد ما عقد عليه المستأجر ، ففرق بين موجود أتلّف وبين معدوم لم يوجد ، أو وجد لكن عين وجوده عين تلفه ، تأمل .

قوله : (على التراخي) هذا ما اعتمده الشارح كالخطيب^(٣) ؛ أخذاً من مقتضى كلام القفال فإنه قال : لو أجاز ثم أراد الفسخ . . فله ذلك ؛ لأنه يتضرر كل ساعة ، واعتمد الرملي كوالده : أنه على الفور^(٤) ، وهو ما بحثه القاضي حيث قال : (ينبغي ألاّ يمكن من الفسخ ؛ لأنه رضي بما في ذمة الأجنبي فأشبهه الحوالة) ، قال في « الغرر » : (ويفرق بأن الرضى في الحوالة وقع في ضمن عقد ، بخلافه هنا) تدبر^(٥) .

(١) في الأصل : (كان إتلاف . . .) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) فتوحات الوهاب (١٦٠ / ٣) .

(٣) مغني المحتاج (٨٩ / ٢) .

(٤) نهاية المحتاج (٨٣ / ٤) .

(٥) الغرر البهية (٢٨ / ٥) .

بَيْنَ أَنْ يُجِيزَهُ) أَي : أَلْبَيْعَ (وَيُعَرِّمُ الْأَجْنَبِيَّ) بَدَلَ مَا أَتْلَفَهُ ، أَوْ أَرَشَهُ إِنْ قَبِضَ الْمُبِيعَ (أَوْ يَفْسَخَ فَيُعَرِّمُ الْبَائِعُ الْأَجْنَبِيَّ) بَدْلَهُ أَوْ أَرَشَهُ . (وَلَوْ أَتْلَفَهُ) أَي : الْأَجْنَبِيُّ وَمِثْلُهُ الْمَشْتَرِي وَهُوَ غَيْرُ مُلْتَزِمٍ ؛ كَحَرَبِيٍّ ،

قوله : (بين أن يجيزه ؛ أي : البيع) أي : وحينئذ ليس للبائع طلب القيمة ؛ للحبس لها في الثمن ؛ كالمشتري إذا أتلأ المبيع . لا يغرم القيمة ليحبسها البائع ، ولأن الحبس غير مقصود بالعقد حتى ينتقل إلى البذل ، بخلاف الرهن ، أفاده في « الأسنى »^(١) .

قوله : (ويغرم الأجنبي بدل ما أتلأ) أي : في صورة الإتلاف .

قوله : (أو أرشه) أي : أو غرم الأجنبي أرش المبيع في صورة تعيبه .

قوله : (إن قبض المبيع) أي : وإلا . فلا تغريم ؛ لجواز فوت المبيع في يد البائع فيفسخ ، واعتراض بأنه يلزم من هذا عدم تمكن البائع من المطالبة أيضاً ، وأنه لو غصب المبيع قبل القبض . لا يتمكن واحد منهما من المطالبة ، ورد بأن وجه عدم مطالبة المشتري قبل القبض : احتمال التلف المؤدي لانفساخ العقد ، وهذا منتف في تعيب الأجنبي وغصبه .

قوله : (أو يفسخ) أي : البيع ، وكلمة (أو) قال في « التحفة » : (يستعملها الفقهاء كثيراً في حيز « بين » بمعنى : الواو ؛ لامتناع بقائها على أصلها ؛ لمنافاته لوضع « بين »)^(٢) .

قوله : (فيغرم البائع الأجنبي بدله) أي : المبيع في صورة الإتلاف .

قوله : (أو أرشه) أي : في صورة التعيب ، والمراد بالأرش في الرقيق ما ذكره في (الديات) وفي غيره : ما نقص من قيمته ففي يد الرقيق نصف قيمته لا ما نقص [منها] ، ثم محل التخيير المذكور في غير عقد الربا ، أما هو . فيفسخ العقد بإتلاف الأجنبي ؛ لتعذر التقابض ، والبذل لا يقوم مقامه فيه .

قوله : (ولو أتلأه) أي : المبيع قبل قبضه .

قوله : (أي : الأجنبي) تفسير للضمير في (أتلأ) .

قوله : (وهو) أي : الأجنبي أو المشتري .

قوله : (غير ملتزم) أي : للأحكام .

قوله : (كحربي) الكاف استقصائية ؛ كما أفاده الجمل قال : (وقد اشترطوا في الجاني في « باب القود » أن يكون ملتزماً للأحكام ، وأخرجوا به الحربي وغير المكلف ، فلي نظر الفرق ،

(١) أسنى المطالب (٧٩/٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٩٩/٤) .

أَوْ بِحَقٍّ ؛ كَرَدَّتِهِ ، وَحُدُّ لَزْمِهِ ، وَهُوَ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ أَوْ (بِسَبَبِ صَيَالِهِ عَلَيْهِ) أَوْ عَلَى غَيْرِهِ (أَوْ أَقْتَصَاصِهِ مِنْهُ .. أَنْفَسَخَ) الْبَيْعُ ، وَسَقَطَ الثَّمَنُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ بَاقِيَةٌ

ويمكن أن يقال : فرق بين التزام الأحكام والتزام الدين الذي نحن فيه ؛ فإنَّ كلاً من الصبي والمجنون أهل لاشتغال ذمته بالدين ، وغير أهل للالتزام الأحكام ؛ أي : التكليف (فليتأمل^(١)) .

قوله : (أَوْ بِحَقٍّ) أي : أَوْ أَتْلَفَهُ الْأَجْنَبِيُّ أَوْ الْمُشْتَرِي بِحَقٍّ .

قوله : (كَرَدَّتِهِ) أي : المبيع ، واستشكل بأن قتل الردة غير مضنون ، وأجيب بأن ضمان المعقود لا ينافي عدم ضمان القيم ، فحيث كان المشتري غير الإمام وأتْلَفَهُ . . استقر عليه ثمنه وإن كان هدرًا لو أَتْلَفَهُ غير المشتري .

قوله : (وَحُدُّ لَزْمِهِ) أي : كَأَن زَنَى ذَمِيًّا مُحْصَنًا ثُمَّ حَارَبَ ثُمَّ أَرْقَ ، وَتَرَكَ الصَّلَاةَ أَوْ قَطَعَهُ الطَّرِيقَ .
قوله : (وَهُوَ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ) أي : وَالْحَالُ أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ وَالْمُشْتَرِيَّ الْإِمَامَ أَوْ نَائِبَهُ ، وَهَذَا قِيدَ لِقَوْلِهِ : (أَوْ بِحَقٍّ ..) إلخ ، بخلاف ما إذا كان غير الإمام أَوْ نَائِبَهُ . . فإنه يكون قابضاً ؛ لأنه لا يجوز له لما فيه من الاقتيات على الإمام ، ولا يشكل بأن للسيد قتل رقيقه المرتد كالإمام ؛ إذ بتقدير الانفساخ بذلك يتبين أنه قتل رقيق غيره ، تأمل .

قوله : (أَوْ بِسَبَبِ صَيَالِهِ) أي : المبيع .

قوله : (عَلَيْهِ أَوْ عَلَى غَيْرِهِ) أي : كَرَقِيقِهِ أَوْ أَصْلَهُ أَوْ فِرْعَهُ ، قَالَ فِي « التَّحْفَةِ » : (أَوْ لِمُرُورِهِ بَيْنَ يَدَيْهِ [وَهُوَ يَصْلِي] بِشَرْطِهِ ، أَوْ لِقِتَالِهِ مَعَ بَغَاةٍ أَوْ مُرْتَدِّينَ)^(٢) .

قوله : (أَوْ أَقْتَصَاصِهِ مِنْهُ) أي : مِنْ الْمَبِيعِ ؛ كَأَن قَتَلَ عَبْدًا لِلْمُشْتَرِي أَوْ ابْنَهُ ، أَوْ الْمُشْتَرِي نَفْسَهُ فَاقْتَصَ مِنْهُ الْمُشْتَرِي فِي الْأَوَّلِينَ أَوْ وَارَثَهُ فِي الثَّالِثَةِ ، وَمِثْلُهُ مَا لَوْ كَانَ الْقَصَاصُ لْغَيْرِهِ وَكَانَ الْمُشْتَرِي هُوَ الْإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ فَقَتَلَهُ لِحَقِّ الْمَقْتَصَصِ ، أَفَادَهُ فِي « حَاشِيَةِ الرُّوضِ »^(٣) .

قوله : (أَنْفَسَخَ الْبَيْعَ وَسَقَطَ الثَّمَنُ) أي : عَنِ الْمُشْتَرِي ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ الْمَبِيعُ ؛ كَمَا أَنَّهُ لَوْ قَتَلَ عَبْدَهُ الْمَغْضُوبَ لِنَحْوِ صَيَالِهِ . . لَا يَكُونُ قَبْضًا .

قوله : (كَمَا لَوْ تَلَفَ بَاقِيَةٌ) أي : قِيَاسًا عَلَيْهِ ، وَلَأنَّهُ لَمَا أَتْلَفَهُ بِحَقٍّ . . كَانَ تَلَفُهُ عَنِ ذَلِكَ دُونَ غَيْرِهِ .

هذا ؛ وَلَوْ أَتْلَفَهُ الْبَائِعُ [وَالْمُشْتَرِي] مَعًا بِغَيْرِ حَقٍّ . . لَزِمَهُ الْبَيْعُ فِي نَصْفِهِ كَمَا نَقَلُوهُ عَنِ

(١) فتوحات الوهاب (١٦١/٣) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٩٧/٤) .

(٣) حواشي الرملي على شرح الروض (٧٩/٢) .

(وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَبِيعِ ، وَلَا إِجَارَتُهُ ، وَلَا رَهْنُهُ ، وَلَا هِبَتُهُ) ولا غير ذلك من كل تصرف فيه

الموردي ، وانفسخ البيع في نصفه الآخر ؛ لأن إتلاف البائع كالأفة ، ويرجع البائع عليه بنصف الثمن ، ولا خيار له في نسخ ما قد لزمه بجناية ، وإتلاف الأعجمي وغير المميز بأمر [أحد] العاقلين أو بأمر الأجنبي كإتلافه ، فلو كان بأمر الثلاثة . . فالقياس كما قاله الأسنوي : أنه يحصل القبض في الثلث والتخيير في الثلث والانفساخ في الثلث ، لا يقال : يلزم على ذلك تفريق الصفقة على البائع وهو ممتنع ؛ لأننا نقول : فعله اقتضى ذلك ، وهو أمر من ذكر بالإتلاف فصار بمنزلة رضاه بتفريقها ، وأما إتلاف المميز بأمر واحد منهم . . فكإتلاف الأجنبي ؛ فيتخير المشتري كما مر إن أتلفه بأمر البائع أو الأجنبي ، ويكون إتلافه قبضاً إن كان بإذن المشتري ، تأمل^(١) .

قوله : (ولا يصح بيع المبيع . . .) إلخ ، هذا شروع في حكم التصرف في المبيع قبل القبض ، وتعبيره بـ (لا يصح) أنصر على الغرض من تعبير كثير بـ (لا يجوز) ؛ لأنه لا يلزم من عدم الجواز عدم الصحة ؛ كالبيع وقت نداء الجمعة ، وكبيع العنب لعاصر الخمر ، ولا فرق في ذلك بين بيعه لغير البائع وبيعه له إلا في الإقالة الآتية .

قوله : (ولا إجارته) أي : المبيع قبل القبض ، وخرج بـ (إجارة المبيع) : إجارة المستأجر قبل قبضه فإنها صحيحة . لكن من المؤجر فقط ؛ لأن المعقود عليه فيها المنافع وهي لا تصير مقبوضة بقبض العين فلم يؤثر فيها عدم قبضها ، لا يقال : قضية العلة صحتها من غير المؤجر أيضاً ؛ لأننا نقول : ما ذكر من نفي إمكان قبض المنافع^(٢) المراد به : نفي إمكان قبضها الحقيقي ؛ لما صرحوا به أن قبضها بقبض محلها ، ولقوة جانب المؤجر لم يشترط فيه هذا القبض التقديري ، بخلاف غيره ، أفاده في « لتحفة »^(٣) .

قوله : (ولا رهنه) لا فرق فيه بين رهنه من البائع وغيره كما أفهمه إطلاقه ، لكن اعتمد جمع أن محل منعه من البائع إن كان بالثمن حيث له حق الحبس ؛ إذ لا فائدة في الرهن ؛ لأنه محبوس بالدين ، وإلا . . . جاز .

قوله : (ولا هبته) بالسعنى الشامل للصدقة والهبة .

قوله : (ولا غير ذلك من كل تصرف فيه) أي : كالكتابة والإصداق به ، وجعله عوضاً في نكاح أو خلع أو صلح أو سلم . ولذا عبر في « المنهج » بقوله : ولا يصح تصرف . . . إلخ ، ثم قال في

(١) انظر « نهاية المحتاج » (٨٢ / ٤) .

(٢) في الأصل : (إمكان قبض) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) تحفة المحتاج (٤٠٢ / ٤) .

بغير ما يأتي ونحوه (قَبْلَ قَبْضِهِ) وَإِنْ أَذِنَ لَهُ الْبَائِعُ ؛ لَضَعْفِ الْمَلِكِ (وَمِثْلُهُ مَا اسْتَأْجَرَهُ آخَرُ لِنَحْوِ صَنْعَةٍ) قَبْلَ الْعَمَلِ فِيهِ ، أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ آدَاءِ الْأَجْرَةِ . . فلا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ بِهِ

« شرحه » : (وتعبيري بما ذكر أعم مما ذكره ؛ أي : « المنهاج »)^(١) .

قوله : (بغير ما يأتي ونحوه) أي : من الإعتاق وما ذكر معه .

قوله : (قبل قبضه) أي : المبيع منقولاً كان أو عقاراً .

قوله : (وإن أذن له البائع) أي : فيما ذكر من التصرفات ، بل وإن قبض الثمن .

قوله : (لضعف الملك) أي : ملك المشتري للمبيع قبل قبضه ؛ بدليل انفساخ العقد بالتلف قبله كما مر ، وهذا تعليل لعدم الصحة ، ويعمل أيضاً باجتماع ضمانين على شيء واحد ؛ إذ لو صح . . لضمانه المشتري أيضاً للثاني قبل قبضه فيكون مضموناً له وعليه ، لكن هذا التعليل قاصر على البيع فقط ، ولذا لم يذكره الشارح هنا .

وأما دليله من النقل . . فحديث « الصحيحين » : « من ابتاع طعاماً . . فلا يبيعه حتى يستوفيه »^(٢) ، قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما : (ولا أحسب كل شيء إلا مثله) رواه الشيخان^(٣) ، وقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه : « يا ابن أخي ؛ لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه » رواه البيهقي وقال : إسناده حسن متصل^(٤) .

قوله : (ومثله) أي : المبيع قبل القبض في عدم صحة التصرف فيه .

قوله : (ما استأجره آخر لنحو صنعة) أي : كأن استأجره لنحو صبغ الثوب أو قصارته ، قال في « المغني » : (ومثله : صوغ الذهب ، ونسج الغزل ، ورياضة الدابة)^(٥) .

قوله : (قبل العمل فيه) أي : وإن لم يستلمه الأجير .

قوله : (أو بعده) أي : العمل .

قوله : (قبل أداء الأجرة) أي : للأجير .

قوله : (فلا يصح تصرفه فيه) أي : بنحو بيع مما مر .

قوله : (لتعلق حق الغير به) أي : وهو الأجير فإنه يستحق الحبس ؛ عمل ما يستحق الأجرة به

(١) فتح الوهاب (١٧٦/١) .

(٢) صحيح البخاري (٢١٢٦) ، صحيح مسلم (١٥٢٦) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٣) صحيح البخاري (٢١٣٥) ، صحيح مسلم (١٥٢٥) .

(٤) السنن الكبرى (٣١٣/٥) .

(٥) مغني المحتاج (٩٢/٢) .

(بِخِلَافٍ) تَصَرُّفُهُ بِنَحْوِ (لِإِعْتِقَاقٍ ، أَوْ التَّدْبِيرِ ، أَوْ الْإِبْلَادِ ، أَوْ الْوَقْفِ) عَلَى جِهَةٍ ، أَوْ عَلَى مَعِينٍ وَلَمْ يُشْتَرَطْ قَبُولُهُ (وَالتَّزْوِيجِ) وَالْقِسْمَةِ وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا بَيْعٌ ،

فِي الْأَوَّلَى ، وَلَا سِتِفَائِهَا فِي الثَّانِيَةِ ، بِخِلَافِ اسْتِجَارِهِ لِرَعِي غَنَمِهِ أَوْ لِحِفْظِ مَتَاعِهِ الْمَعِينِ شَهْرًا مَثَلًا فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي ذَلِكَ الْمَالِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الشَّهْرِ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْأَجِيرِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِهِ ؛ إِذْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَسْتَعْمِلَهُ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْعَمَلِ ، كَذَا نَقَلَ عَنِ الْمُتَوَلَّى ، وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَجُوزُ إِبْدَالُ الْمُسْتَوْفَى بِهِ ، أَوْ لَا ؟ فَالْجَوَابُ : جَوَازُ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ بِسَبِيلِ مَنْ أَنْ يَأْتِيَ بِبَدَلِهِ أَوْ يَسْلَمَ الْأَجِيرَ نَفْسَهُ وَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ ، وَفَرَّقَ بَعْضُهُمْ بِأَنَّهُ كَلَامٌ مِنَ الصَّبِغِ وَالْقَصَارَةِ عَيْنِ فَنَاسَبَ حَبْسَهُ كَسَائِرِ الْأَعْيَانِ ، بِخِلَافِ الرِّعَى وَلِحِفْظِ ، وَيُمْكِنُ حَمْلُ كَلَامِ الْمُتَوَلَّى عَلَى تَصَرُّفِهِ بَعْدَ الْإِبْدَالِ ، بَلْ تَعْلِيلُهُ دَالٌّ عَلَيْهِ ، فَلْيَتَأَمَّلْ .

قَوْلُهُ : (بِخِلَافِ تَصَرُّفِهِ) أَيُ : الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ .

قَوْلُهُ : (بِنَحْوِ الْإِعْتِقَاقِ) أَيُ : يَصِحُّ ؛ لِتَشَوُّفِ الشَّارِعِ إِلَى الْعِتْقِ ، وَنَقْلِ الْإِجْمَاعِ فِيهِ سِوَاهُ كَانَ لِلْبَائِعِ حَقُّ الْحَبْسِ أَوْ لَا .

نَعَمْ ؛ مُحَلُّهُ إِنْ كَانَ عَنِ نَفْسِهِ ، فَلَا يَصِحُّ عَنْ كِفَارَةِ الْغَيْرِ ؛ لِأَنَّهُ هَبَةٌ ، وَكَذَا عَتَقَهُ عَلَى مَالٍ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ ، وَالْكِتَابَةُ ؛ إِذْ لَيْسَ لَهَا قُوَّةُ الْعِتْقِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَصِحَّ إِعْتِقَاقُ الْمَرْهُونِ مِنَ الرَّاهِنِ الْمَعْسَرِ ؛ لِأَنَّهُ حَجَرَ عَلَى نَفْسِهِ .

قَوْلُهُ : (أَوْ الْإِبْلَادِ) أَيُ : مِنَ الْمُشْتَرِي أَوْ مِنْ أَصْلِهِ .

قَوْلُهُ : (أَوْ الْوَقْفِ عَلَى جِهَةٍ) أَيُ : كَمَسْجِدٍ أَوْ طَلْبَةِ الْعِلْمِ مَثَلًا .

قَوْلُهُ : (أَوْ عَلَى مَعِينٍ وَلَمْ يُشْتَرَطْ قَبُولُهُ) أَيُ : فَإِنْ اشْتَرَطَ قَبُولَهُ . . لَمْ يَصِحَّ ؛ فَقَدْ نَقَلَ عَنْ « التَّمَةِ » : أَنَّ الْوَقْفَ إِنْ شَرَطَ فِيهِ الْقَبُولَ . . كَانَ كَالْبَيْعِ ، وَإِلَّا . . فَكَالْإِعْتِقَاقِ ، وَسَيَأْتِي أَنَّ الْمُعْتَمَدَ : أَنَّ الْوَقْفَ وَلَوْ عَلَى مَعِينٍ لَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبُولٍ .

قَوْلُهُ : (وَالتَّزْوِيجِ) أَيُ : لِلْعَبْدِ أَوْ الْأَمَةِ .

قَوْلُهُ : (وَالْقِسْمَةِ) أَيُ : إِفْرَازًا أَوْ تَعْدِيلًا ؛ لِأَنَّ الرِّضَا فِيهَا غَيْرُ مُعْتَبَرٍ ، بِخِلَافِ قِسْمَةِ الرَّدِّ فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ قَبْلَ الْقَبْضِ . (ع ش)^(١) .

قَوْلُهُ : (وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهَا بَيْعٌ) أَيُ : لِأَنَّهُ لَا يَسْتَعِينُ عَلَى قَوَانِينِ الْمَعَاضَاتِ ؛ لَمَّا ذَكَرَ مِنْ عَدَمِ اعْتِبَارِ الرِّضَا فِيهَا . (ق ل)^(٢) .

(١) حَاشِيَةُ الشُّبْرَامَلْسِيِّ (٤ / ٨٨) .

(٢) حَاشِيَةُ قَلْيُوبِيِّ (٢ / ٢١٣) .

وَالْوَصِيَّةَ ، وَإِبَاحَةَ مَا اشْتَرَاهُ جِزَافًا لِلْفُقَرَاءِ إِنْ قَبِضُوهُ . . فَتَصِحُّ هَذِهِ كُلُّهَا ؛ لِقُوَّتِهَا ، وَلَا يَصِيرُ قَابِضًا إِلَّا بِقَبْضِهِمْ فِي الْأَخِيرَةِ ، وَالِإِعْتَاقِ ، وَالْإِيلَادِ وَلَوْ مِنْ أَبِيهِ ، وَالْوَقْفِ دُونَ مَا عَدَا ذَلِكَ

قوله : (والوصية) أي : للجهة أو للمعين .

قوله : (وإباحة ما اشتراه جزافاً) أي : من طعام ونحوه ، والحق بالإباحة كل استهلاك من جهة المشتري مباح أو غيره ، وخرج به (جزافاً) : ما لو اشتراه مقدراً بكييل أو غيره . . فلا يصح قبضها إلا كذلك .

قوله : (للفقراء) الظاهر : أن التقيد للغالب ؛ فالأغنياء كالفقراء في ذلك . (سم) على « الغرر »^(١) .

قوله : (إن قبضوه) بخلاف ما إذا لم يقبضوه ، وفارق صحة الإباحة عدم صحة التصديق بأنها ليست تمليكاً ، بخلاف التصديق ؛ لأن صيغته محصلة للتمليك وإن توقف تمامه على القبض ، والإباحة ليس فيها ما يقتضي الملك لذاته وإنما يقتضيه بلازمه ؛ وهو أكلهم له .

قوله : (فتصح هذه كلها) أي : التصرفات من الإعتاق وما بعده .

قوله : (لقوتها) أي : بتشوف الشارع للإعتاق ، ولأنه لا يتوقف على القدرة ؛ بدليل صحة إعتاق الآبق ، قال في « شرح المنهج » : (وفي معناه البقية)^(٢) أي : من حيث إن في كل تصرفاً من غير عوض في الجملة ، أو تصرفاً لا إلى مالك في الجملة ؛ فلا رد على الأول التزويج ، ولا على الثاني الوصية . جمل^(٣) .

قوله : (ولا يصير) أي : المشتري .

قوله : (قابضاً) أي : للمبيع .

قوله : (إلا بقبضهم) أي : المباح لهم ولو أغنياء .

قوله : (في الأخيرة) أي : صورة الإباحة فيكون قبضهم بمنزلة قبض لمشتري .

قوله : (والإعتاق والإيلاد ولو من أبيه والوقف) أي : وإن كان للبائع حق الحبس ، قاله في « الأسنى »^(٤) .

قوله : (دون ما عدا ذلك) أي : من التدبير والتزويج والقسمة والوصية والإباحة قبل قبض

(١) حاشية ابن قاسم على الغرر (٣٦/٥) .

(٢) فتح الوهاب (١٧٦/١) .

(٣) فتوحات الوهاب (١٦٣/٢) .

(٤) أسنى المطالب (٨٣/٢) .

وَيُسْتثنى أيضاً : بَيْعُ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ لِلْبَائِعِ بَعَيْنِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، أَوْ بِمِثْلِهِ جَنْساً وَقَدراً وَصَفَةً إِنْ تَلَفَ أَوْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ

المباح لهم ، وهذا تصريح بأنه لا بد من قبض المشتري ، فإن مات . . قام وارثه مقامه في قبض ذلك ، فلو مات الموصي^(١) أو تلف الموصى به . . بطلت الوصية على ما بحثه بعضهم ؛ لبطلان البيع ، ومثلها التزويج إذا تلف قبل القبض ، بخلاف التدبير فإنه يعتق بموت المدبر ، وحينئذ يكون بمثابة إعتاق السيد ، وهو قضى . انتهى ، فليتأمل^(٢) .

قوله : (ويستثنى أيضاً) أي : كما تستثنى تلك الصور الإعتاق وما بعده .

قوله : (بيع المشتري المبيع) من إضافة المصدر لفاعله و (المبيع) بالنصب مفعوله .

قوله : (بعين الثمن الأول) أي : إن بقي .

قوله : (أَوْ بِمِثْلِهِ جَنْساً وَقَدراً وَصَفَةً إِنْ تَلَفَ) أي : الثمن الأول ، بخلاف بيعه له بغير جنسه أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة فإنه لا يصح في الأصح كما مرّت الإشارة إليه ؛ لعموم النهي ، والعلة السابقتين .

قوله : (أَوْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ) أي : أو لم يتلف ، لكن كان في الذمة ، وصوره بعضهم بأن يشتري عبداً بدينار في ذمته ثم يبيعه من البائع قبل قبضه بدينار معين أو في ذمة البائع ، أو يكون المشتري أقبض البائع ديناراً عما في ذمته ثم يبيعه العبد بدينار في ذمة البائع ، أو معين غير الذي دفعه له ولو مع وجود الذي دفعه له ، وعلى كلا الصورتين يقال : إنه باعه بمثل الثمن ، والثمن في الذمة . انتهى .

ونظر غيره في هذا التصوير مع قول الشارح : (إقالة بلفظ البيع) إذ الذي في هذا التصوير بيع بثلث آخر غير الأول ، لا إقالة ؛ فالإقالة لا تكون إلا بعين الثمن الأول ، قال : فالحق : أن في قول الشارح : (أَوْ بِمِثْلِهِ . . .) إلخ تسميحاً بالنسبة لما إذا كان في الذمة ؛ فإن صورة الإقالة بلفظ البيع أن يقول المشتري للبائع : بعك هذا العبد الذي اشتريته منك بالثلث الذي في ذمتي فيسقط عنه ما في ذمته ، تأمل^(٣) .

قوله : (لِأَنَّهُ) أي : بَيْعُ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ لِلْبَائِعِ .

قوله : (حِينَئِذٍ) أي : حين إذ كان بعين الثمن الأول أو بمثله جنساً . . إلخ .

(١) في الأصل : (الوصي) ، لعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) انظر « فتوحات الوهاب » (١٦٣/٢) .

(٣) انظر « فتوحات الوهاب » (١٦٢/٣) .

إِقَالَةٌ بِلَفْظِ الْبَيْعِ . (وَالْثَمَنُ) قَبْلَ قَبْضِهِ (كَالْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ) فِي جَمِيعِ مَا ذُكِرَ فِي هَذَا الْفَصْلِ ، وَمِثْلُهُمَا فِي ذَلِكَ كُلُّ مَا ضُمِّنَ بِعَقْدٍ ؛

قوله : (إِقَالَةٌ بِلَفْظِ الْبَيْعِ) أي : كما نقله الشيخان عن المتولي وأقراء^(١) ، فيصح على المعتمد نظراً للمعنى ؛ لقوته هنا ، وما قيل : إنه لا يصح نظراً للفظ . . مردود بأن الأصحاب تارة يعتبرون اللفظ وهو الأكثر ؛ كما لو قال : بعثك هذا بلا ثمن . . لا ينعقد بيعاً ولا هبة على الصحيح ، وكما لو قال : اشتريت منك ثوباً صفته كذا . . ينعقد بيعاً لا سلماً على الصحيح .

وتارة يعتبرون المعنى كما هنا ، وكما لو قال : وهبتك هذا الثوب بكذا . . ينعقد بيعاً على الصحيح ، فلم يطلقوا القول باعتبار اللفظ ، بل يختلف الجواب بقوة المدرك ؛ كالإبراء في أنه إسقاط أو تملك ، وفي أن النذر يسلك به مسلك الواجب أو الجائز ، وفي أن الطلاق الرجعي يزيل الملك أم لا .

وتارة لا يراعون اللفظ ولا المعنى ؛ كما لو قال : أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد . . فإن الصحيح : أنه لا ينعقد بيعاً ولا سلماً ، فما وقع لبعضهم أن العبرة في العقود بالألفاظ خلاف التحقيق ، تدبر .

قوله : (والثن) أي : المعين نقداً كان أو غيره ، وخرج به (المعين) : ما في الذمة فيجوز بيعه ؛ وهو الاستبدال الآتي .

قوله : (قبل قبضه) أي : قبل قبض البائع إياه قبضاً واقعاً عن الشراء ، نظير ما مر .

قوله : (كالمبيع قبل قبضه في جميع ما ذكر في هذا الفصل) أي : فيكون من ضمان المشتري بالمعنى السابق ، ولا يصح تصرف البائع فيه بنحو البيع ، بخلافه بنحو الإعتاق ثم الاعتياض عنه ؛ بأن أبدله بجنسه أو بغير جنسه قبل قبضه ؛ كالمبيع من البائع قبل القبض . . فلا يصح إلا إن كان الاعتياض عنه بعين المبيع أو بمثله إن تلف أو كان في الذمة .

قوله : (ومثلها) أي : المبيع والثن .

قوله : (في ذلك) أي : فيما ذكر في هذا الفصل .

قوله : (كل ما ضمن بعقد) أي : بسبب ما اقتضاه العقد من المناهبل من غير نظر لمثل أو قيمة ، فيمتنع التصرف فيه قبل القبض ؛ لأن ضمانه بسبب العقد يقتضي عدم استقلال المتصرف به ؛ لبقاء علة العقد .

(١) روضة الطالبين (٣/٥٠٩) ، الشرح الكبير (٣/٢٩٦-٢٩٧) .

كَأَجْرَةٍ ، وَصَدَاقٍ ، وَعَوْضٍ نَحْوِ خَلْعٍ ، بِخِلَافِ مَا ضَمِنَ بَيْدٌ ؛ أَيِ : مِثْلٍ ، أَوْ قِيَمَةٍ ؛ فَيَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ مُطْلَقاً . (وَيَجُوزُ الْأَعْتِيَاظُ عَنِ الثَّمَنِ)

قوله : (كأجرة وصدّاق وعوض نحو خلع) أي : وصلح دم ودين السلم ، وهو المسلم فيه ؛ فإن الأجرة المعينة لو تلفت . . رجع المؤجر إلى العين المؤجرة لا إلى بدل الأجرة من مثل أو قيمة ، وكذا الصدّاق وعوض الخلع فإنهما لو تلفا . . رجع المستحق إلى عوض البضع ؛ وهو مهر المثل ، لا إلى بدل العوض من مثل أو قيمة ، وكذا العوض في الصلح عن دم لو تلف . . رجع المستحق إلى بدل الدم ؛ وهو الدية في قتل الحر والقيمة في قتل الرقيق ، لا إلى بدل عوض الدم من مثل أو قيمة ، وكذا دين السلم فإنه لو فسخ عقده أو انفسخ . . رجع إلى رأس المال لا إلى بدل المسلم فيه ، أفاده في « الغرر »^(١) .

قوله : (بخلاف ما ضمن بيد) أي : كعارية ومأخوذ بسوم ؛ وهو ما يأخذه مريد الشراء ليتأمله أيعجبه أم لا ، وهذا مفروض فيما لو سام كله ، وإلا ؛ كأن أخذ مالا من مالكه أو بإذنه ليشتري نصفه فتلف . . لم يضمن سري النصف ؛ لأن نصفه الآخر أمانة في يده ، تأمل .

قوله : (أي : مثل أو قيمة) فيه إشارة إلى الفرق بين المضمون ضمان عقد والمضمون ضمان يد ؛ فالأول هو ما يضمن بمقابله من ثمن وغيره ؛ كالبيع والثلث المعينين ، والثاني ما يضمن عند التلف بالبدل الشرعي من مثل أو قيمة ؛ كالمغصوب والمعار ، تأمل .

قوله : (فيجوز التصرف فيه) أي : المضمون ضمان يد .

قوله : (مطلقاً) أي : سواء كان قبل القبض أم بعده ؛ لتمام الملك فيه ، ولذا : جاز التصرف في ماله تحت يد غيره أمانة ؛ كوديعة ، ومشتري ، وقراض ، ومرهون بعد انفكاكه مطلقاً وقبله بإذن المرتهن ، قال في « التحفة » : (وألحق بذلك ما أفرزه السلطان لجندي ؛ أي : تملكاً كما هو واضح فله بعد رؤيته بيعه ، وإن لم يقبضه ؛ رفقا بالجند نص عليه ، ومن ثم ملكه بمجرد الإفراز)^(٢) .

قوله : (ويجوز الاعتياض عن الثمن) أي : الاستبدال عنه بشرط أن يكون بإيجاب وقبول ، وإلا . . فلا يملك ما يأخذه كما قاله السبكي ، ويحث الأذرعى الصحة ؛ بناء على صحة المعاطاة ، والثمن النقد إن قبل بغيره ؛ للعرف ، فإن كانا نقدين أو عرضين . . فما التصقت به الباء المسماة بباء الثمنية هو الثمن والمثمن ما يقابله .

(١) الغرر البهية (٤١/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٤٠٣/٤)

إِذَا كَانَ فِي الذِّمَّةِ (لَأَنَّ عَيْنَهُ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ ، لَا الْمُثْمَنَ وَهُوَ الْمُسْلِمُ فِيهِ وَالْمَبِيعُ فِي الذِّمَّةِ ؛ لَأَنَّ عَيْنَهُ مَقْصُودَةٌ ، (وَكَذَا الْقَرْضُ ، وَقِيَمَةُ الْمُتْلَفِ))

قال في « التحفة » : (نعم ؛ الأوجه فيما لو باع قنه مثلاً بدراهم سداً : أنه لا يصح الاستبدال عنها وإن كانت ثمناً ؛ لأنها في الحقيقة مسلم فيها ، فليقيد بذلك إطلاقهم صحة الاستبدال عن الثمن)^(١) .

قوله : (إذا كان في الذمة) أي : بخلاف الثمن المعين فلا يصح الاستبدال عنه ؛ لما مر : أنه كالمبيع المعين .

قوله : (لأن عينه) أي : الثمن الذي في الذمة .

قوله : (غير مقصودة) أي : وإنما المقصود ماليته ، بخلاف المثلث فإنه تقصد عينه ، قال (ع ش) : (وهذا ظاهر إن كان المثلث عرضاً والثمن نقداً ، أما لو كانا نقدن أو عرضين .. فلا يظهر ما ذكر ؛ فلعل التعليل مبني على الغالب)^(٢) .

قوله : (لا المثلث) أي : الذي في الذمة بغير جنسه ونوعه فلا يجوز الاستبدال عنه .

قوله : (وهو المسلم فيه) أي : ولو نقداً .

قوله : (والمبيع في الذمة) أي : إذا عقد بغير لفظ السلم . « أسنى »^(٣) .

قوله : (لأن عينه مقصودة) أي : ولأن المبيع مع تعينه لا يجوز بيعه قبل قبضه فمع كونه في الذمة أولى ، وأيضاً : فهو معرض بانقطاعه للانفساخ أو الفسخ ، وروى الدارقطني : « من أسلف في شيء .. فلا يأخذ إلا ما أسلف فيه أو رأس ماله »^(٤) ، والحيلة في ذلك كما في « التحفة » وغيرها : أن يتفاسخا عقد السلم ليصير رأس المال ديناً في ذمته ، ثم يدفع له ما يتراضيان عليه وإن لم يكن جنس المسلم فيه ، ولا بد من قبضه قبل التفرق ؛ لئلا يصير بيع دين بدين^(٥) .

قوله : (وكذا القرض) بمعنى : المقرض ولو لم يتلف وإن كان قبل تلفه غير مستقر في الذمة من حيث إن للمقرض أن يرجع في عينه . « أسنى »^(٦) .

قوله : (وقيمة المتلف) يعني : بدل المتلف من قيمة المتقوم ومثل المثلي .

(١) تحفة المحتاج (٤/٤٠٧) .

(٢) حاشية الشبرايملي (٤/٩١) .

(٣) أسنى المطالب (٢/٨٤) .

(٤) سنن الدارقطني (٣/٤٥) عن سيدنا أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٥) تحفة المحتاج (٤/٤٠٦) .

(٦) أسنى المطالب (٢/٨٥) .

وَكُلُّ دَيْنٍ مُسْتَقَرٌّ ؛ كَالْأَجْرِ ، وَالصَّدَاقِ ، وَعَوْضِ الْخَلْعِ وَلَوْ مُؤَجَّلًا . (فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَبَدَّلُ مُوَافِقًا فِي عِلَّةِ الرِّبَا) سِوَاءِ اتَّحَدَ جَنْسُهُمَا - كَذَهَبٍ عَنْ ذَهَبٍ - أَمْ لَا كَذَهَبٍ عَنْ فِضَّةٍ (. . .) اشْتَرَطَ قَبْضُ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ (أَيِ : مَجْلِسِ الْإِسْتِبْدَالِ ؛ لِلخَبَرِ الصَّحِيحِ بِذَلِكَ)

قوله : (وكل دين مستقر) أي : لا كنجم كتابة .

قوله : (كالأجرة والصداق وعوض الخلع ولو مؤجلاً) أي : وعوض صلح ودين موصى به وزكاة إن انحصر مستحق واجب بتقدير الحاكم في متعة أو حكومة ، قاله في « الفتح »^(١) .

قوله : (فإن كان المستبدل) بفتح الدال .

قوله : (موافقاً في علة الربا) أي : للثمن المستبدل عنه ، ومر أنها الطعم والنقدية .

قوله : (سواء اتحد جنسهما ؛ كذهب عن ذهب) أي : أو فضة عن فضة ، أو بر عن بر .

قوله : (أم لا ؛ كذهب عن فضة) أي : أو فضة عن ذهب ، أو بر عن أرز .

قوله : (اشترط قبض البدل في المجلس ؛ أي : مجلس الاستبدال) الظاهر : أنه يشترط الحلول أيضاً ؛ وكأنه تركه لأنه لازم للتقابض في الغالب كما مر . انتهى رشيدى^(٢) .

قوله : (للخبر الصحيح بذلك) أي : بجواز الاستبدال عن الثمن مع الشرط المذكور ، والحديث رواه الترمذي وغيره وصححه الحاكم على شرط مسلم عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال : كنت أبيع الإبل بالدنانير وأخذ مكانها الدراهم ، وأبيع بالدراهم وأخذ مكانها الدنانير ، فلقيت النبي صلى الله تعالى عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال : « لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء »^(٣) أي : من عقد الاستبدال لا من العقد الأول ؛ بقرينة رواية أخرى تدل لذلك ، وهو كما قاله الجمل : إشارة إلى التقابض^(٤) ؛ أب : إلى أن الاستبدال من جنس الربوي يشترط في صحته التقابض في المجلس كالذي في السؤال ، وقيس بالثمن ما ذكر .

قال في « الفتح » : (عم ؛ ما يشترط قبضه في المجلس كربوي يبيع بمثله ورأس مال سلم . . فلا يجوز الاستبدال عنه مملوقاً كما صرح به جمع متقدمون ؛ لأن قبض المعقود عليه في المجلس الذي هو شرط لم يوجد)^(٥) .

(١) فتح الجواد (٤١٨/١) .

(٢) حاشية الرشيدى (٩١/٤) .

(٣) سنن الترمذي (١٢٤٢) ، لمستدرك (٤٤/٢) .

(٤) فتوحات الوهاب (١٦٤/٣) .

(٥) فتح الجواد (٤١٩/١) .

(أَوْ غَيْرَ مُوَافِقٍ) لَهُ فِي الْعِلَّةِ (كَدَرَاهِمَ عَنْ طَعَامٍ .. أَشْتَرِطَ التَّعْيِينَ) لِلْعَوَضِ (فِي الْمَجْلِسِ)
لِيُخْرِجَ عَنْ بَيْعِ الدِّينِ بِالْأَدِينِ (دُونَ الْقَبْضِ) لِإِنْتِفَاءِ عِلَّةِ الرِّبَا ، وَدُونَ التَّعْيِينَ فِي الْعَقْدِ كَمَا لَوْ تَصَارَفًا
فِي الذِّمَّةِ ،

قوله : (أَوْ غَيْرَ مُوَافِقٍ لَهُ فِي الْعِلَّةِ) أَي : أَوْ كَانَ الْمُسْتَبَدَّلُ غَيْرَ مُوَافِقٍ لِلْمُسْتَبَدَّلِ عَنْهُ فِي عِلَّةِ
الرِّبَا .

قوله : (كَدَرَاهِمَ عَنْ طَعَامٍ) أَي : أَوْ عَكْسَهُ ، وَكَثُوبٍ عَنْ دَرَاهِمَ ، لَا يُقَالُ : جَعَلَ هَذَا تَمَثِيلًا
لِكَلَامِ الْمُصَنِّفِ غَيْرِ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الثُّوبَ غَيْرَ رَبْوِي فَلَا يَصِحُّ أَنْ يُقَالَ : إِنَّهُ لَا يُوَافِقُ الدَّرَاهِمَ فِي عِلَّةِ
الرِّبَا ؛ لِأَنَّا نَقُولُ : كَلَامُ الْمُصَنِّفِ فِي قُوَّةِ الْقَضِيَّةِ السَّالِبَةِ تَصَدَّقُ بِنَفْيِ الْمَوْضُوعِ فَتَصَدَّقُ بِأَنَّ لَا رِبَا
أَصْلًا ؛ لِإِطْلَاقِهِمْ عَلَى كُلِّ ثُوبٍ أَوْ طَعَامٍ بِدَرَاهِمَ أَنَّهُمَا مِمَّا لَمْ يَتَوَافَقَا فِي عِلَّةِ الرِّبَا ، فَلْيَتَأَمَّلْ .

قوله : (أَشْتَرِطَ التَّعْيِينَ لِلْعَوَضِ فِي الْمَجْلِسِ) أَي : مَجْلِسِ الْإِسْتِبْدَالِ .

قوله : (لِيُخْرِجَ عَنْ بَيْعِ الدِّينِ بِالْأَدِينِ) تَعْلِيلٌ لِأَشْرَاطِ التَّعْيِينَ الْمَذْكُورِ .

قوله : (دُونَ الْقَبْضِ) أَي : فَلَا يَشْتَرِطُ قَبْضَ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ ، قَالَ فِي « شَرْحِ الْمَنْهَجِ » :
(كَمَا لَوْ بَاعَ ثُوبًا بِدَرَاهِمَ فِي الذِّمَّةِ .. لَا يَشْتَرِطُ قَبْضَ الثُّوبِ فِي الْمَجْلِسِ)^(١) ، قَالَ الْجَمَلُ : (هَذَا
تَنْظِيرٌ لِمَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ حَيْثُ عَدَمُ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ)^(٢) .

قوله : (لِإِنْتِفَاءِ عِلَّةِ الرِّبَا) تَعْلِيلٌ لِعَدَمِ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ ، قَالَ فِي « الْفَتْحِ » :
(وَإِطْلَاقُ الشَّيْخَيْنِ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ فِيهِ مَحْمُولٌ عَلَى مُتَّفَقِي عِلَّةِ الرِّبَا)^(٣) .

قوله : (وَدُونَ التَّعْيِينَ فِي الْعَقْدِ) أَي : فَلَا يَشْتَرِطُ تَعْيِينَ الْبَدَلِ ؛ أَي : تَشْخِصَهُ فِي عَقْدِ
الْإِسْتِبْدَالِ هُنَا وَفِي مَا مَرَّ فِي مُتَّفَقِي عِلَّةِ الرِّبَا كَمَا هُوَ صَرِيحُ كَلَامِ غَيْرِهِ . خِلَافًا لِمَا أَوْهَمَهُ كَلَامُهُ ،
فَلْيَتَأَمَّلْ .

قوله : (كَمَا لَوْ تَصَارَفَا فِي الذِّمَّةِ) أَي : بِاعًا النِّقْدَ بِالنِّقْدِ ؛ كَأَنْ يَقُولَ : بَعْتُكَ دِينَارًا فِي ذِمَّتِي
بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ فِي ذِمَّتِكَ .. فَإِنَّهُ جَائِزٌ إِذَا عَيْنَهُ فِي الْمَجْلِسِ وَأَقْبَضَهُ فِيهِ ، وَلَوْ أَقْرَضَهُ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ ثُمَّ
اسْتَبَدَّلَ عَنْهُمَا أَحَدَهُمَا أَوْ عَكْسَهُ وَقَبْضَ الْبَدَلِ فِي الْمَجْلِسِ .. جَازَ كَمَا فِي « التَّحْفَةِ »^(٤) ، وَلَا نَظَرَ
إِلَى أَنَّ ذَلِكَ مِنْ قَاعِدَةِ مَدِّ عَجْوَةٍ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَجْرِي فِي الدِّينِ ، وَلَا ضَرُورَةُ هُنَا لِتَقْدِيرِ الْمَعَاوِضَةِ

(١) فَتْحُ الْوَهَابِ (١٧٦/١) .

(٢) فَتَوَحَّاتُ الْوَهَابِ (١٦٦/٣) .

(٣) فَتْحُ الْجَوَادِ (٤١٩/١) .

(٤) تَحْفَةُ الْمُحْتَاجِ (٤٠٨/٤) .

ثُمَّ الِاسْتِبْدَالُ الْمَذْكُورُ فِي الْحَقِيقَةِ بَيْعُ الدِّينِ مِمَّنْ هُوَ عَلَيْهِ ، وَلَا مُحْذُورَ فِيهِ . (وَأَمَّا بَيْعُ الدِّينِ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ) بَعِينٍ (. . . فَهُوَ بَاطِلٌ) عَلَى مَا فِي « الْمَنْهَاجِ » لِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، لَكِنَّ الْمَعْتَمَدَ مَا فِي « الرُّوضَةِ » مِنْ صَحِّهِ ؛

المستدعية لاشتراط تحقق لمماثلة ، وإنما اشترط القبض في المجلس ؛ لتخرج من ربا اليد ، وإنما راعوه دون ربا الفضل ؛ لأنه في القاعدة إنما ينشأ عن المقابلة ، وقد تقرر أنه لا ضرورة لها ، وأما ربا اليد . . . فينشأ عن التمكس من القبض ثم تركه ، وهذا لا يقتضي إسقاطه ، فتأمله .

قوله : (ثم الاستبدال المذكور) أي : الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة وغيره مما تقدم .

قوله : (في الحقيقة بيع الدين ممن هو عليه) أي : وهو المشتري هنا .

قوله : (ولا محذور فيه) أي : لكونه ليس [من] بيع الدين بالدين ، فإن حاصل صور المقام كما قرره الجمل أربعة : بيع الدين بغير دين لمن هو عليه ولغير من هو عليه ، وهاتان صحيحتان ؛ الأولى باتفاق ، والثانية على المعتمد ، وبيع الدين بالدين لمن هو عليه ولغير من هو عليه ، وهاتان باطلتان ، وقد ذكر الأولين بقوله : (ويجوز الاعتياض عن الثمن . . .) إلخ ؛ فهذا إشارة إلى الأولى ، وأما الثانية . . . فقوله الآتي : (لكن المعتمد ما في « الروضة » . . .) إلخ ، وأما الأخيرتان . . . فسيأتي في قوله : (أما يبيعه بالدين . . . فباطل قطعاً مطلقاً) تأمل^(١) .

قوله : (وأما بيع الدين لغير من عليه بعين) أي : بأن باع لعمرو مئة له على زيد بمئة من الأعيان ، قيل : أو من الدين المنشئ وقت العقد ، وفيه تأمل .

قوله : (فهو باطل على ما في « المنهاج ») أي : و « المحرر » و « الشرحين » و « المجموع » هنا ، وجزم به الرافعي في (باب الكتابة) ، قاله في « المغني »^(٢) .

قوله : (لعدم القدرة على تسليمه) أي : الدين ؛ تعليل للبطان .

قوله : (لكن المعتمد) وافقه الرملي وغيره^(٣) .

قوله : (ما في « الروضة ») أي : في « زوائدها » هنا^(٤) ، موافقاً لـ « أصلها » في آخر (الخلع)^(٥) ، واختاره السيكي وحكاه عن النص ، ونقل عن إفتاء النووي .

قوله : (من صحته) أي : بيع الدين لغير من هو عليه بعين .

(١) فتوحات الرباب (٦٤ / ٣) .

(٢) مغني المحتاج (٩٤ / ٢) .

(٣) نهاية المحتاج (٩٢ / ٤) .

(٤) روضة الطالبين (٥١٦ / ٣) .

(٥) الشرح الكبير (٤٧٣ / ٨) .

لإستقراره ، وعليه : يُشترط قبضُ البديل والدَّين في المجلس إنْ اتفقا في علة الرِّبا ، وإلاَّ . . . اشترطُ التَّعيينُ فيه . واشترطُ في « المطلب » أيضاً : كونُ المدين غنياً مقرأً ، والدَّين حالاً مُستقراً . . .

قوله : (لاستقراره) أي : الدين ، وقياساً على بيعه ممن هو عليه ؛ وهو الاستبدال السابق .

قوله : (وعليه) أي : وعلى هذا المعتمد .

قوله : (يشترط قبض البديل والدين في المجلس) أي : مجلس العقد .

قوله : (إن اتفقا في علة الربا) أي : حذراً من الربا ، ولا يشترط تعيين ذلك في العقد .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يتفقا في علة الربا .

قوله : (اشترط التعيين فيه) أي : تعيين العوضين في المجلس ، ولا يشترط القبض فيه كما مر في الاستبدال ، وإطلاق الشيخين كالبغيوي اشتراط القبض حملوه على الأول ؛ ليوافق تصريح ابن الصباغ ومقتضى كلام الأكثرين بما تقرر من التفصيل ، وأما اعتراض جمع بأن هذا الحمل غير صحيح ؛ لأنه ينافي تصوير الشيخين كغيرهما المسألة بشراء عبد زيد بمئة له على عمرو . . . فمردود بمنع منافاته له ؛ إذ غايته : أنه إنما يدل على أن المسألة عامة للمتفقين في علة الربا ولغيرهما ، وحينئذ : فاشتراط القبض إما عام للقسمين أو مطلق فيهما ؛ والأول يقبل التخصيص ، والثاني يقبل التقييد ؛ فالحمل إما تخصيص أو تقييد ، وهو صحيح ، فأين المنافاة مع ذلك ؟ فليتأمل^(١) .

قوله : (واشترط في « المطلب ») أي : اشترط ابن الرفعة في كتابه « المطلب شرح الوسيط » ، قيل : إنه أربعون مجلداً .

قوله : (أيضاً) أي : كما اشترط القبض والتعيين ، هذا مقتضى كلامه ، وفيه أنه لم يشترطهما ، بل اعترض على من قال به ؛ ففي « الأسنى » بعد نقل تصريح البغيوي بذلك : (قال في « المطلب » : ومقتضى كلام الأكثرين يخالفه . . .) إلخ^(٢) ، فالأولى : حذف هذه اللفظة .

قوله : (كون المدين غنياً^(٣) مقرأً) أي : ملياً مقرأً أو عليه بينة ولم يكن في إقامتها كلفة لها وقع ، قاله في « التحفة »^(٤) .

قوله : (والدين حالاً مستقراً) أي : مأموناً من سقوطه ، خرج به : لأجرة قبل تمام المدة فإنها ليست بمستقرة فلا يجوز بيعها ، ونحو نجوم الكتابة ، فإن لم يكن المدين مقرأً أو لم يكن الدين حالاً

(١) انظر « حاشية ابن قاسم على التحفة » (٤٠٩/٤) .

(٢) أسنى المطالب (٨٥/٢) .

(٣) في الأصل : (المدين عليه) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٤) تحفة المحتاج (٤٠٩/٤) .

أَمَّا بَيْعُهُ بَدَيْنٍ .. فباطل قطعاً مطلقاً ؛ لنهيهِ صَلَّى اللهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ .
(وَقَبْضُ الْعَقَارِ) أَي : إِقْبَاضُهُ ،

مستقراً . لم يصح ؛ لتحقيق العجز حيثئذ فلا بد من ذينك الشرطين ، قال بعضهم : (ثم بعد ذلك يشترط لدوام الصحة قبض العوضين - أي : متفقي العلة والتعيين في غيرهما - وبه اندفع ما لبعضهم أنه لا حاجة إلى اشتراطهما مع اشتراط القبض في المجلس) تأمل^(١) .

قوله : (أما بيعه بدین) مقابل قوله : (بيع الدين بعين) وذلك كأن كان لزید دينار على بكر ولعمرو على بكر دراهم فباع زيد ديناره بدراهم عمرو .

قوله : (فباطل قطعاً) حكى فيه الإجماع ، قاله في « التحفة »^(٢) .

قوله : (مطلقاً) أي : سواء اتحد الجنس أم لا ، عين وقبض في المجلس أم لا ، قال في « التحفة » :
(والحوالة جائزة إجماعاً مع أنها بيع دين بدین)^(٣) ، قال (ع ش) : (أي : فهي مستثناة)^(٤) .

قوله : (لنهيهِ صَلَّى اللهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ) رواه البيهقي وصححه جمع وضعفه آخرون^(٥) ، وفي رواية للحاكم وقال : على شرط مسلم : (عن بيع الكالئ بالكالئ)^(٦) ، وهي مفسرة بالرواية الأولى ، والكالئ : اسم فاعل من الكلاء ؛ وهي الحفظ ، والدين محفوظ ، ففي الحديث مجاز بإطلاق الفاعل على اسم المفعول ؛ كـ ﴿ مَلَّوْا فِيقَ ﴾ أي : مدفوق ، وذكر بعضهم أن الكالئ بالكالئ النسبته بالنسيئة ؛ أي : المؤجل .

قوله : (وقبض العقار . . .) إلخ ، هذا شروع في بيان القبض ، والمرجع في حقيقته العرف ؛ لعدم ما يضبطه شرعاً أو لغة ؛ كالأحياء والحرز في السرقة ، فمتى وقع الخلاف في شيء أهو قبض أو لا . . كان ناشئاً عن الخلاف في العرف فيه ؛ فمن عده قبضاً . ينسبه للعرف ، ومن نفى القبض فيه . . يقول : العرف لا يعده قبضاً ، تدبر .

قوله : (أي : إقباضه) فسر به ليصح حمل التخلية عليه ؛ إذ كل من الإقباض والتخلية فعل البائع ، بخلاف القبض فإنه فعل المشتري ، ولا يحمل عليه التخلية إلا على وجه المبالغة ؛ لقوة سببيتها في حصول القبض ، لكن استفيد من كلام بعضهم : أن محل الاحتياج إلى هذا التفسير إذا

(١) انظر « الغرر البهية » (٤٨-٤٧/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٤٠٩/٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٤٠٩/٤) .

(٤) حاشية الشبراملسي (١٢/٤) .

(٥) السنن الكبرى (٢٩٠/٥) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٦) المستدرک (٥٧/٢) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

كَأَرْضٍ وَبِنَاءٍ وَنَحْوَهُمَا مِمَّا لَا يُنْقَلُ عَادَةً ؛ كَسَفِينَةٍ كَبِيرَةٍ عَلَى الْكَبَرِّ ، وَثَمَرَةٍ مَبِيعَةٍ قَبْلَ أَوَانِ الْجَذَازِ ، وَإِلَّا . . . فَهِيَ كَالْمَنْقُولِ (بِالتَّخْلِيَةِ) مِنَ الْبَائِعِ أَوْ وَكِيلِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي

لم توجد الباء في التخلية ، وإلا . . . كان القبض باقياً بمعناه ، ويوافقه قول المحلي عند قول « المنهاج » : (وقبض العقار تخليته) مما نصه : (لو أتى المصنف بالباء في التخلية كما في « الروضة » و« أصلها » و« المحرر » . . . كان أقوم إلا أن يفسر القبض بالإقباض) انتهى^(١) ، وعلى هذا : لم يحتاج إلى التفسير المذكور ؛ لوجود الباء في كلام المصنف ، فليتأمل .

قوله : (كأرض وبناء ونحوهما مما لا ينقل) أي : كنخل ، هذا حقيقة العقار كما نقل عن « الصحاح »^(٢) ، وقال في « المصباح » : (العقار بوزن سلام : كل منك ثابت له أصل ؛ كالدار والنخل ، قال بعضهم : وربما أطلق على المتاع ، والجمع : عقارات)^(٣) .

قوله : (كسفينة كبيرة على البر) أي : بخلاف الصغيرة ولو في البر والكبيرة على البحر فهما من المنقول ، وسيأتي تحريره عن ابن قاسم .

قوله : (وثمره مبيعة) أي : على الشجرة .

قوله : (قبل أوان الجذاذ) أي : قطع الثمار وقطافها .

قوله : (وإلا) أي : بأن بلغت أوان الجذاذ .

قوله : (فهي كالمنقول) أي : فلا بد من نقلها ، هذا ما اعتمده الشارح في كتبه ، وكذا الخطيب وشيخ الإسلام^(٤) ، واعتمد الرملي كوالده : أنه لا فرق بين بيعها قبل أوان الجذاذ وبعده فإنه قال بعد نقل التقييد بقبل أوان الجذاذ عن الشيخين : (وهو مثال لا قيد ، فإن بلغت أوان الجذاذ . . . فالحكم كذلك كما أفاده الجلال البلقيني . . .) إلخ^(٥) ، قال في « الغرر » بعد نقل كلام الجلال : (وما قاله كأنه أخذه من عموم كلامهم في « باب الأصول والثمار » ولا يخفى أنه مقيد بما هنا) تدبر^(٦) .

قوله : (بالتخلية من البائع أو وكيله) متعلق بمحذوف خبر (وقبض . . .) إلخ .

قوله : (بينه وبين المشتري) أي : أو وكيله .

(١) كنز الراغبين (٢١٥/٢) .

(٢) الصحاح (٦٤٧/٢) ، مادة : (عقر) .

(٣) المصباح المنير ، مادة : (عقر) .

(٤) مغني المحتاج (١٩٤/٢) ، أسنى المطالب (٨٥/٢) .

(٥) نهاية المحتاج (٩٣/٤) .

(٦) الغرر البهية (٦/٥) .

بلفظ يدل عليها ، مع تسليم مفتاح ما له غلق ، ومع إخلاء للمبيع الحاضر من سائر أمتعة البائع والأجنبي . (و) قبض (المنقول) الحاضر أيضاً

قوله : (بلفظ يدل عليها) أي : على التخلية ؛ كخليت بينك وبينه ، أو ما يقوم مقام اللفظ ؛ كالكتابة والإشارة ، ومحل اشتراط ذلك كما هو ظاهر : إن كان للبائع حق الحبس ، أما إذا لم يكن له . . فلا يحتاج إلى لفظ على ما سيأتي .

قوله : (مع تسليم مفتاح ما له غلق) أي : إن وجد ودخل في البيع مع عدم مانع حسي ؛ ككون الدار في يد غاصب ، أو شرعي ؛ ككونها مشغولة بأمتعة غير المشتري ، وظاهر كلامه كغيره : أنه لا يكفي عن تسليم المفتاح إذنه له في عمل المفتاح ، قال في « حاشية الفتح » : (وهو محتمل ؛ بناء على أن العرف لا يقضي بأنه إقباض إلا إن سلم له المفتاح الموجود ؛ ويؤيده : أنه لو كان لدار مفتاحان كل بيد واحد . . لم يعد في يد أحدهما ، بل في يدهما ، وشرط الإقباض ألا يبقى المبيع في يد البائع مستقلة أو غير مستقلة) انتهى^(١) .

قوله : (ومع إخلاء للمبيع الحاضر) سيأتي محترز التقييد بالحضور .

قوله : (من سائر أمتعة البائع) متعلق بـ (إخلاء) وذلك لأن التسليم في العرف موقوف على ذلك ، فيفرغها بحسب الإمكان ، ولا يكلف تفريغها في ساعة واحدة إذا كان كثيراً ، ولا يشترط تفريغ زرع من أرض مبيعة ، بل يكفي مجرد التخلية ، وفارقت الدار المشحونة بالأمتعة بأن تفريغ الدار متأت في الحال فلا حاجة إلى التخلية قبله ، بخلاف الأرض المزروعة ، فليتأمل .

قوله : (والأجنبي) أي : وأمتعة الأجنبي ؛ كالمستأجر والمستعير والموصى له بالمنفعة كما اعتمده الأذرع وغيره فلا بد من التفريغ منه .

نعم ؛ يسامح في حقير ؛ كحصير وبعض ماعون كما نقلوه عن السبكي^(٢) ، ولو جمع الأمتعة في بيت من الدار وخلق بين المشتري وبينها . . حصل قبض ما عداه ، فإن حولها لغيره . . حصل قبض الجميع .

قوله : (وقبض المنقول الحاضر أيضاً) أي : وإن اشتري مع محله على المعتمد ؛ إذ لا محوج للتبعية ، قال (سم) : (ظاهره : أنه يحصل قبض محله حينئذ بالتخلية ولو قبل فراغه منه ، ويوجه بأنه متاع المشتري وهو لا ينتظر الفراغ منه)^(٣) .

(١) حاشية فتح الجواد (١٣/١ : ٤١٤) .

(٢) انظر « حواشي الرمي على شرح الروض » (١٥٥/٢) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحف (٤١٣/٤) .

(بِالنَّقْلِ) لَهُ مِنْ مَحَلِّهِ إِلَى غَيْرِهِ ، مَعَ تَفْرِيعِ السَّفِينَةِ الصَّغِيرَةِ أَوْ الَّتِي فِي الْبَحْرِ مِنْ أَمْتَعَةٍ غَيْرِ الْمُشْتَرِي ، فَلَا يَكْفِي اسْتِعْمَالُهُ ، وَتَسْلِيمُ مَنْقُولٍ مِنْ غَيْرِ نَقْلِ ، وَلَا انْتِقَالُهُ بِنَفْسِهِ

قوله : (بالنقل له) أي : للمنقول .

قوله : (من محله إلى غيره) أي : كشارع ودار للمشتري ؛ وذلك لما رواه الشيخان عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال : (كنا نشترى الطعام جزافاً ، فنهانا رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه)^(١) ، وقيس بالطعام غيره .

قوله : (مع تفريع السفينة الصغيرة) أي : في بر أو بحر .

قوله : (أو التي في البحر) أي : أو السفينة الكبيرة التي في البحر . بخلافها في البر ، وأوهم كلامه هنا أنها حينئذ لا يشترط تفريعها ، وهو غير مراد ؛ لأن التفريع شرط في الكل ، وإنما المراد : أن الكبيرة التي في البر ليست من المنقولات ، فلا يشترط في قبضها النقل ؛ ففي « المغني » : (والسفينة من المنقولات كما قاله ابن الرفعة فلا بد من تحويلها ، وهو ظاهر في الصغيرة وفي الكبيرة في ماء تسير فيه ، أما الكبيرة في البر . فكالعقار فيكفي فيها التخلية ؛ لعسر النقل ، وعلى كل تقدير : لا بد فيها من تفريعها من أمتعة البائع ونحوه)^(٢) ، قال ابن قاسم : (المتجه : أن السفينة إن كانت لا تنجر بجره عادة . فهي كالعقار فقبضها بالتخلية سواء كانت في بر أو بحر ، وإلا . فكالمنقول فلا بد من نقلها كانت في البر أو في البحر . . . إلخ ، تأمل)^(٣) .

قوله : (من أمتعة غير المشتري) أي : من البائع والأجنبي ، ومثل السفينة في ذلك كل منقول مما يعد ظرفاً في العادة فلا بد من تفريغه ، قال في « التحفة » : (لا الدابة فيما يظهر ، ويفرق بأنها لا تعد ظرفاً لما عليها)^(٤) .

قوله : (فلا يكفي استعماله) تفريع على المتن .

قوله : (وتسليم منقول من غير نقل) أي : كركوب الدابة واقفة ، وجلسه على الفراش من غير نقل ، وكذا وطء الجارية .

قوله : (ولا انتقاله بنفسه) أي : من غير أمر المشتري ، بخلاف انتقاله بأمره فإنه يكون قبضاً كما صرحوا به .

(١) صحيح البخاري (٢١٢٣) ، صحيح مسلم (١٥٢٧) .

(٢) مغني المحتاج (٩٦-٩٥/٢) .

(٣) حاشية ابن قاسم على الغرر (٦/٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٤١٣/٤) .

وإن أذن البائع في كل ذلك . (و) قبض (ما يتناول باليد بالتناول باليد) وإن لم يتحول من مكانه ، أو تركه بعد ذلك بدار البائع ، أو كان بمحل يختص بالبائع ولم يأذن ، بخلاف المنقول لا بُدَّ من إذنه في النقل فيه للقبض ،

قوله : (وإن أذن البائع في كل ذلك) أي : الاستعمال وما بعده ، هذا ما اعتمده في « الفتح »^(١) ، وكذا الرملي والخطيب^(٢) ، وقال في « التحفة » : (وكتحويل الحيوان أمره له بالتحويل ، وكذا ركوبه عليه ، وجلوسه على فرش بإذن البائع ، قال : واحتيج في الأخيرين لإذنه وإن لم يكن له حق حبس على ما اقتضاه إطلاقهم ؛ لضعفهما بالنسبة لما قبلهما) انتهى^(٣) ، ومثله في « الأسنى » و« الغرر » نقلاً عن الرافعي^(٤) .

قوله : (وقبض ما يتناول باليد) أي : ما يمكن تناوله باليد في العادة ؛ كالثياب .
قوله : (بالتناول باليد وإن لم يتحول من مكانه ...) إلخ ؛ أي : لأنه العادة في ذلك .
قوله : (بمحل يختص بالبائع) قيل : إنها عبارة مقلوبة ، وصوابها : لا يختص البائع به ؛ لأن الباء تدخل على المقصور الذي لا يتعدى . انتهى^(٥) ، ورد بأن دخول الباء على المقصور عليه لغة صحيحة وإن كان الأكثر دخولها على المقصور ؛ كما ذكره السيد الجرجاني ، ففي التعبير بالصواب نظر ، تدبر^(٦) .

قوله : (ولم يأذن) أي : البائع في تناول المذكور وفي الترك بداره ، قال في « التحفة » : (لأن قبض هذا لا يتوقف على نقل لمحل آخر ، فاستوت فيه المحال كلها)^(٧) .
قوله : (بخلاف المنقول) أي : الذي لا يتناول باليد .
قوله : (لا بد من إذنه) أي : البائع .

قوله : (في النقل فيه للقبض) أي : فلا يكفي مجرد النقل ، وهذا بالنسبة إلى التصرف ، أما بالنسبة إلى حصول الضمان . فإنه يكون كافياً لاستيلائه عليه ، وعند الإذن يكون معياراً للقبعة التي أذن في النقل إليها ، وظاهر : أن هذا فيما استحق البائع منفعته ولو بنحو إجارة ووصية وعارية ،

(١) فتح الجواد (٤١٣/١) .

(٢) مغني المحتاج (٩٥/٢) . نهاية المحتاج (٩٥/٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٤١٣/٤) .

(٤) الغرر البهية (٧-٦/٥) ، أسنى المطالب (٨٦/٢) .

(٥) انظر « حاشية الشرواني » (٤١٥/٤) .

(٦) انظر « تحفة المحتاج » (٤١٥/٤) .

(٧) تحفة المحتاج (٤١٥/٤) .

فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ ، أَوْ أَذِنَ مطلقاً وَلَهُ حَقُّ الْحَبْسِ . . كَانَ قَبْضاً مُضْمَناً لَا مُبِيحاً لِلتَّصَرُّفِ . (وَلَا يَجُوزُ
لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ الْمَبِيعِ إِلَّا إِذَا سَلَّمَ الثَّمَنَ ، أَوْ كَانَ مُؤَجَّلاً)

واستشكل هذا بأن المستعير لا يعير ، وأجيب بأن له إنابة من يستوفي له المنفعة ؛ لأن الانتفاع راجع إليه ، وما هنا من هذا ؛ لأن النقل للقبض انتفاع يعود للبائع يبرأ به عن الضمان فكفى إذنه فيه ، ولم يكن محض إعارة حتى يمتنع ، وحيثئذ : قسميته في هذه معيراً باعتبار الصورة لا الحقيقة ، فليتأمل .

قوله : (فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ) أي : البائع للمشتري في النقل للقبض .

قوله : (أَوْ أَذِنَ مطلقاً) أي : بأن قال : أذنت لك في نقله ، أو في نقله لا للقبض . (ع ش) .

قوله : (وَلَهُ حَقُّ الْحَبْسِ) أي : بخلاف ما إذا لم يكن له حق الحبس . . لم يحتج لإذنه في القبض ؛ لجوازه حيثئذ بغير إذنه ، أفاده (سم)^(١) .

قوله : (كَانَ قَبْضاً مُضْمَناً) أي : مثبتاً للضمان لاستيلائه عليه ، فلو خرج مستحقاً بعد تلفه . .

غرم بدله لمستحقه ، ويرجع به على البائع ، ولا يستقر عليه الثمن لو تلف وكان غير مستحق ، بل ينسخ البيع ؛ لأن يد البائع عليه إلى الآن .

قوله : (لَا مُبِيحاً لِلتَّصَرُّفِ) أي : لا يكون قبضاً مجوزاً للتصرف فيه ؛ لأن يد البائع عليه وعلى ما فيه ، ولأن العرف لا يعده قبضاً ، ولو جعل البائع المبيع في ظرف المشتري امتثالاً لأمره . . لم يكن مقبضاً له ؛ إذ لم يوجد من المشتري قبض ، ولا ضامناً للظرف ؛ لأنه استعمله في ملك المشتري بإذنه ، بخلاف المسلم إليه فإنه يضمن الظرف ؛ لأنه استعمله في ملك نفسه بخلاف الأول .

قوله : (وَلَا يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ الْمَبِيعِ) أي : استقلالاً .

قوله : (إِلَّا إِذَا سَلَّمَ الثَّمَنَ) أي : لمستحقه ولو بإحالة وإن لم يقبضه ، والمراد بالثمن هنا : الثمن الحال ؛ بدليل جعله قسيماً للمؤجل ، ثم إن كان الحال كل الثمن . . اشترط تسليم جميعه ، ولا أثر لبعضه إلا إن تعددت الصفقة . . فيستقل حيثئذ بما يخص ما سلمه ، أو بعضه . . اشترط تسليم ذلك البعض فقط ، وكالثمن عوضه إن استبدل عنه ، وكذا لو صالح منه على دين أو عين على الأوجه .

قوله : (أَوْ كَانَ مُؤَجَّلاً) أي : كله أو بعضه وسلم الحال كما تقرر .

فِيَسْتَبْدُّ بِهِ وَإِنْ حَلَّ الْمُوْجَلُّ ؛ لِرِضَاهُ بِذِمَّتِهِ (أَوْ أَذِنَ لَهُ الْبَائِعُ فِي قَبْضِهِ) فَإِذَا اسْتَبَدَّ ، وَالْثَمَنُ حَالٌّ ، وَلَمْ يَسْلَمْهُ ، وَلَا أَذِنَ لَهُ الْبَائِعُ . . لَزِمَهُ رُدُّهُ ، وَلَا يَنْفَذُ تَصْرِفُهُ فِيهِ ، لَكِنَّهُ يَدْخُلُ فِي ضَمَانِهِ ؛ لِيُطَالَبَ بِهِ إِنْ اسْتَحَقَّ ،

قوله : (فيستبد به) أي : يستقل المشتري بالقبض ؛ بمعنى : عدم توقف صحته على تسليم البائع ولا إذنه فيه ، قال (ع ش) : (لكن لو كان المبيع في دار البائع أو غيره . . فليس للمشتري الدخول لأخذه من غير إذن في الدخول ؛ لما يترتب عليه من الفتنة وهتك ملك الغير بالدخول بلا ضرورة ، فلو امتنع صاحب الدار من تمكينه من الدخول . . جاز له الدخول لأخذ حقه ؛ لأن صاحب الدار بامتناعه من التسليم يصير كالغاصب)^(١) .

قوله : (وإن حل المؤجل) أي : قبل التسليم ، هذا هو المعتمد ، قال في « المغني » : (وإن خالف في ذلك الأسنوي)^(٢) .

قوله : (لرضاه بذمته) أي : المشتري فإن البائع رضي ببقاء الثمن بذمة المشتري .
قوله : (أو أذن له البائع في قبضه) أي : المبيع وإن كان للبائع حق الحبس ؛ لإسقاطه حقه بالإذن .

قوله : (فإذا استبد) أي : المشتري بالقبض ، هذا تفريغ على (ولا يجوز . .) إلخ .
قوله : (والتمن حال) أي : والحال أن الثمن حال ابتداء كلاً أو بعضاً .
قوله : (ولم يسلّمه) أي : الثمن الحال للمستحق ولو الموكل أو المولى بعد [نحو] رشده .
قوله : (ولا أذن له البائع) أي : في القبض .
قوله : (لزمه) أي : المشتري .
قوله : (رده) أي : المبيع للبائع .
قوله : (ولا ينفذ تصرفه فيه) أي : تصرف المشتري في المبيع ، قال في « النهاية » : (ويعصي بذلك)^(٣) .

قوله : (لكنه يدخل في ضمانه) أي : المشتري ضمان يد و ضمان عقد باعتبارين ؛ كما أشار إليه بقوله : (ليطلب به . .) إلخ ، خلافاً لمن قال : إنه ضمان يد فقط .
قوله : (ليطلب به إن استحق) أي : المبيع وتلف ، وهذا إشارة إلى ضمان اليد ، فهو

(١) حاشية الشيرازي (٩٩/٤) .

(٢) مغني المحتاج (٩٦/٢) .

(٣) نهاية المحتاج (٩٩/٤) .

وليسَ تَقَرُّ ثَمَنُهُ عَلَيْهِ . (وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئاً وَهُوَ فِي يَدِهِ . . فَقَبْضُهُ يَحْصُلُ بِنَفْسِ الْبَيْعِ) عَلَى مَا قَالَهُ
بَعْضُهُمْ ، لَكِنْ الْمَعْتَمَدُ

كالمقبوض من حيث عدم الانفساخ بتلفه نظراً لصورة القبض ، وحق الحبس لا ينافيه من كل وجه ؛
لأنه بمنزلة حق الرهن .

قوله : (وليسَ تَقَرُّ ثَمَنُهُ عَلَيْهِ) أي : على المشتري إن تلف ولم يستحق ولو في يد البائع بعد استرداده
كما في « التحفة »^(١) ، وهذا إشارة إلى ضمان العقد ؛ فهو كغير المقبوض من حيث إن المشتري لما تعدى
بقبضه . . ضمنه ضمان عقد وهو لا يرتفع إلا بالقبض الصحيح دون الرد على البائع ، فلذا استقر عليه الثمن
بتلفه ولو في يد البائع ، ولو أتلّفه البائع وهو في يد المشتري حينئذ . . فقليل : يضمّنه بقيمته ، ولا خيار
للمشتري ، وقيل : هو مسترد له بإتلافه ، ورجحه في « الروض »^(٢) ، وعليه : فقليل : ينفسخ العقد ؛ لأن
إتلافه كالآفة ، واعتمده الرملي^(٣) ، ورد بأنه إنما يكون مثلها حيث لم توجد صورة القبض ، وقيل : يخير
المشتري ، واعتمده في « التحفة » لأنه لما تعذر الانفساخ . . تعين التخيير ؛ دفعاً لضرر المشتري^(٤) ، ولما
لم يتضح لبعضهم هذا المحل . . قال : الانفساخ مشكل والتخيير أشكل منه ، تأمل .
قوله : (وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئاً) أي : عقاراً أو منقولاً حاضراً أو غائباً .
قوله : (وَهُوَ فِي يَدِهِ) أي : المشتري أمانة أو ضماناً .

قوله : (فَقَبْضُهُ يَحْصُلُ بِنَفْسِ الْبَيْعِ) أي : فلا يحتاج إلى إذن جديد من البائع ؛ لأنه إن كان بيد
المشتري أمانة . . فقد رضي بدوام يده ، أو مضموناً . . سقط بالبيع حكم ضمان القيمة وتقرر ضمان
الثمن . انتهى من « حاشية الفتح »^(٥) .

قوله : (عَلَى مَا قَالَهُ بَعْضُهُمْ) أي : المتولي ، وأقره النووي في « المجموع »^(٦) ، واعتمده ابن
الرفعة وغيره^(٧) ، بل الشارح نفسه في « التحفة » آخرأ كما يعلم من عبارته الآتية .
قوله : (لَكِنْ الْمَعْتَمَدُ) أي : وفاقاً لجمع ، منهم : الأذرعى والزركشي عن مقتضى كلام
الشيخين في (الرهن) .

(١) تحفة المحتاج (٤/٤١٧) .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/٨١) .

(٣) نهاية المحتاج (٤/٩٩) .

(٤) تحفة المحتاج (٤/٤١٧) .

(٥) حاشية فتح الجواد (١/٤١٥-٤١٦) .

(٦) المجموع (٩/٢٦٨) .

(٧) كفاية النية (٨/٤٤٣) .

- كما بيّنته في « شرح العُباب » وغيره - : أَنَّهُ إِذَا غَابَ عَنْ مَحَلِّ الْعَقْدِ غَيْرُ الْمَنْقُولِ ، أَوْ الْمَنْقُولُ بِيَدِ الْمُشْتَرِي ، أَوْ أَجْنَبِيٍّ أَمَانَةً أَوْ غَيْرَهَا . . . لَمْ يَكْفِ فِي الْأَوَّلِ إِلَّا التَّخْلِيَةُ مَعَ مُضِيِّ زَمَنِ

قوله : (كما بيّنته في « شرح العباب » وغيره) أي : كـ « التحفة » حيث قال فيها أولاً ما ملخصه : (أما مبيع حاضر منقول أو غيره ولا أمتعة فيه لغير المشتري وهو بيده . . فيعتبر في قبضه مضي زمن يمكن فيه النقل أو التخلية مع إذن البائع إن كان له حق الحبس ، ثم قال : ما ذكرته في الحاضر بيد المشتري هو ما اقتضاه كلامهما في « الرهن » واعتمده الأذرعى والزرکشى وغيرهما ، ولم يبالوا بكون المصنف في « المجموع » وابن الرفعة نقلاً عن المتولي وأقره : أنه يصير مقبوضاً بنفس العقد وإن كان للبائع حق الحبس ، لكن الحق : أن هذا المنقول هو الأحق بالاعتماد كما بيّنته في « شرح العباب »)^(١) .

قوله : (أنه إذا غاب عن محل العقد) أي : مجلسه وقلنا : الأصح : أن حضورهما عند المبيع حالة القبض غير شرط ، وشمل ذلك ما [إذا] لم يحضر واحد منهما ، أو حضر أحدهما دون الآخر .
قوله : (غير المنقول أو المنقول) فاعل (غاب) .

قوله : (بيد المشتري أو أجنبي) هذا كقوله الآتي : (وأن الحاضر . . .) إلخ صريح في إلحاق يد الأجنبي بيد المشتري ، وهو مخالف لما اعتمده في غير هذا الكتاب من إلحاق يد الأجنبي بيد البائع ، ثم قال : (ونقل الأسنوي عن الشيخين في « الرهن » : أن ما بيد الأجنبي كما بيد المشتري ممنوع نقلاً وتوجيهاً ، فلا بد في صورتين من التخلية أو النقل بالفعل ، ويوجه بأن القصد رفع اليد الحائلة كما مر ، ومتى كان بيد البائع فيده حائلة قوية . . فلم يكف معها التقدير ؛ لضعفه ، وكذا إذا كان بيد الأجنبي فيده حائلة أيضاً . . فلا يكفي معها التقدير لذلك) انتهى^(٢) ، ووافقه الرملي والخطيب^(٣) .

قوله : (أمانة أو غيرها) أي : كأن كان عارية .

قوله : (لم يكف في الأول) أي : غير المنقول ، وهذا جواب (إذا غاب . . .) إلخ .

قوله : (إلا التخلية) أي : بالفعل .

قوله : (مع مضي زمن) ابتداءه من العقد إن لم يكن للبائع حق الحبس ، وإلا . . فمن حين الإذن . جمل عن (ب ش)^(٤) .

(١) تحفة المحتاج (٤/٤١٢) .

(٢) حاشية فتح الجواد (١/٤٠٥) .

(٣) نهاية المحتاج (٤/٩٤-٩٥) ، مغني المحتاج (٢/٩٥) .

(٤) فتوحات الوهاب (٣/١٧٢) .

يمكن فيه الوصول للمبيع والتفريغ . وفي الثاني مضي زمن يمكن فيه النقل ، وأن الحاضر بيد المشتري أو الأجنبي ، ولا أمتعة فيه لغیر المشتري لا يكفي فيه إلا التخلي في غير المنقول ، والنقل فيه . ولا يحتاج في الكل إلى إذن البائع إلا إن كان له حق الحبس ،

قوله : (يمكن فيه الوصول للمبيع والتفريغ) أي : لأن الحضور الذي كنا نوجهه لولا المشقة . . لا يتأتى إلا بهذا الزمن ، فلما أسقطناه لمعنى ليس موجوداً في الزمن . . بقي اعتبار الزمن ، قاله في « شرح المنهج »^(١) ، ويترتب على ذلك أنه إذا تلف قبل مضي الزمن . . يكون من ضمان البائع ، أو بعده . . يكون من ضمان المشتري . جمل عن البرماوي^(٢) .

قوله : (وفي الثاني) أي : المنقول ، وهذا معطوف على (في الأول) .

قوله : (مضي زمن يمكن فيه النقل) أي : على العادة الغالبة ، ولا بد من التفريغ مما لغیر المشتري كما هو ظاهر .

قوله : (وأن الحاضر) أي : المنقول أو غيره ، وهذا عطف على (أنه إذا غاب . .) إلخ .

قوله : (بيد المشتري أو الأجنبي) أي : أمانة أو غيرها ، لكن مرافاً : أن المعتمد : إلحاق ما بيد الأجنبي بما في يد البائع لا بما بيد المشتري ، تدبر .

قوله : (ولا أمتعة فيه لغیر المشتري) أي : فإن كانت فيه . . فلا بد من تفريغه . جمل^(٣) .

قوله : (لا يكفي فيه) أي : الحاضر .

قوله : (إلا التخلي في غير المنقول والنقل فيه) أي : في المنقول ، ولا يصير مقبوضاً بنفس العقد .

نعم ؛ إن كان المبيع مما يتناول باليد وكان في يد المشتري بالفعل ؛ كمنديل حمله في يده . . كان مقبوضاً بنفس العقد . ابن قاسم عن الرملي^(٤) .

قوله : (ولا يحتاج في الكل) أي : الغائب والحاضر المنقول وغيره .

قوله : (إلى إذن البائع) أي : في القبض .

قوله : (إلا إن كان له حق الحبس) أي : للمبيع فيحتاج حينئذ إلى الإذن ، قال في « التحفة » : (ووضع البائع المبيع بين يدي المشتري بقيده السابق أول الباب . . قبض وإن نهاه .

(١) فتح الوهاب (١٧٧/١) .

(٢) فتوحات الوهاب (١٧٢/٣) .

(٣) فتوحات الوهاب (١٧٢/٣) .

(٤) حاشية ابن قاسم على التحفة (٤١٣/٤) .

وإنما يكون كلٌّ من التَّخْلِيَةِ وَالتَّنَاوُلِ وَالنَّقْلِ قبضاً بمجردِهِ فيما لم يُقَدَّرْ ، بخلافِ الْمُقَدَّرِ لا بُدَّ فِيهِ مَعَ ذَلِكَ من التَّقْدِيرِ ؛ كَمَا قَالَ : (وَإِذَا اشْتَرَى الشَّيْءَ) حَالُ كَوْنِهِ (مُقَدَّرًا بِكَيلٍ ، أَوْ وَزْنٍ ، أَوْ ذَرْعٍ ، أَوْ عَدٍّ . . . فَلَا بُدَّ) فِي صِحَةِ التَّصَرُّفِ فِيهِ وَنَحْوِهِ (مِنْ قَبْضِهِ بِذَلِكَ التَّقْدِيرِ)

نعم ؛ إن وضعه بغير أمره فخرج مستحقاً . لم يضمه ؛ لأنه لم يضع يده عليه ، وضمان اليد لا بد فيه من حقيقة وضعها ، وهذا هو المسوغ للحاكم إجبار المشتري على القبض وإن كفى الوضع بين يديه ؛ لأن البائع لا يخرج عن عهدة ضمان استقرار اليد إلا بوضع المشتري يده عليه حقيقة (١) .

قوله : (وإنما يكون كل من التخلية . . .) إلخ ، هذا دخول على المتن الآتي ، وإشارة إلى تقييد ما مر .

قوله : (فيما لم يقدر) أي : منقولاً كان أو غيره .

قوله : (بخلاف المقدر) أي : ما يبيع مقدراً ؛ كأرض وثوب ذرعاً ، ولبن أو ماشية عدداً ، وبر كيلاً أو وزناً .

قوله : (لا بد فيه مع ذلك) أي : من النقل في المنقول والتخلية والتفريغ من أمتعة غير المشتري .

قوله : (من التقدير) أي : بالذرع أو العد أو الكيل أو الوزن .

قوله : (كما قال) أي : المصنف رحمه الله تعالى .

قوله : (وإذا اشترى الشيء) أي : سواء المنقول وغيره .

قوله : (حال كونه مقدراً بكيل) أي : كالحبوب .

قوله : (أو وزن) أي : كالحرير .

قوله : (أو ذرع) بالذال المعجمة ؛ كالثياب والأراضي .

قوله : (أو عد) أي : كالمواشي ، وأمثلة ذلك : بعثك هذا العسل كل رطل بدرهم ، أو هذه

الصبرة كل صاع بدرهم ، أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ، أو هذه الأغنام كل رأس بدرهم .

قوله : (فلا بد في صحة التصرف فيه ونحوه من قبضه بذلك التقدير) أي : من الكيل أو الوزن

أو الذرع أو العد ، قال في « التحفة » : (ويشترط وقوعها من البائع أو وكيله ، فلو أذن للمشتري أن

يكتال من الصبرة عنه . . لم يجز ؛ لاتحاد القابض والمقبض كما ذكرناه هنا ، لكنهما ذكرا قبل

فَمَا قُبِضَ بغيرِ ما قُدِّرَ بِهِ أَوْ جُزْأً . . يفسدُ قبضُهُ ، فلا يَصِحُّ التَّصَرُّفُ فيه ، لكنَّهُ يضمنُهُ ؛ لأنَّهُ في يَدِهِ ، وذلكَ لقوله صَلَّى اللهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « من ابتاعَ طعاماً . . فلا يبعُهُ حتَّى يكتالَهُ »

ما يخالفه ، ويمكن تأويله - أي : كأن يقال : أذن له في تعيين من يكتال للمشتري عن البائع ، ثم إن اتفاقاً على كيال مثلاً . . فذاك ، وإلا . . نصب الحاكم أميناً يتولاه - ومؤن نحو كيل توقف عليه القبض على موف ؛ وهو البائع في المبيع والمشتري في الثمن ، بخلاف النقل المتوقف عليه القبض فإنه على المستوفي ومؤنة النقد على المستوفي ؛ لأن القصد منه إظهار العيب لا غير فالمصلحة فيه للمستوفي أكثر ، ومحلّه في المعين ، وإلا . . فعلى الموفي ؛ لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح ^(١) .

قوله : (فما قبض بغير ما قدر به) أي : كأن قدر فيه بكيل وقبض بوزن .

قوله : (أو جزأً) أي : وإن أخبره البائع بقدره وصدقه .

قوله : (يفسد قبضه) أي : لعدم القبض المستحق بالعقد .

قوله : (فلا يصح التصرف فيه) أي : المقبوض المذكور ببيع أو غيره .

قوله : (لكنّه يضمنه) أي : يدخل في ضمانه ليطلب به إن خرج مستحقاً ، ويستقر عليه إن تلف ، فهو مضمون ضمان يد وضمان عقد باعتبارين كما تقدم .

قوله : (لأنه في يده) أي : حساً .

قوله : (وذلك) أي : اشتراط التقدير في قبض ما بيع مقدراً .

قوله : (لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم) أي : فيما رواه مسلم وغيره عن أبي هريرة وابن عباس رضي الله تعالى عنهم ^(٢) .

قوله : (« من ابتاع طعاماً ») أي : اشتراه .

قوله : (« فلا يبعه حتّى يكتالهُ ») في رواية : « حتّى يقبضه » ^(٣) ، وفي أخرى : « حتّى

يستوفيه » ^(٤) ، قال في « الأسنى » : (دل على أنه لا يحصل القبض فيه إلا بالكيل ، وليس بمعتبر في بيع الجزاف إجماعاً فتعين فيما قدر بكيل ، وقيس به البقية) ^(٥) .

(١) تحفة المحتاج (٤/٤١٨) .

(٢) صحيح مسلم (٣١/١٥٢٥) .

(٣) أخرجه مسلم (٣٠/١٥٢٥) .

(٤) أخرجه مسلم (٢٩/١٥٢٥) .

(٥) أسنى المطالب (٨٧/٢) .

وُشْتَرِطُ فِي صَحَّةِ التَّصَرُّفِ أَيْضاً فِي سَائِرِهَا مِنْ رُؤْيَةِ الْقَابِضِ لِلْمَقْبُوضِ وَإِنْ رَأَهُ عِنْدَ الْعَقْدِ .
(وَجِبَرُ) الْبَائِعُ فِيمَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ فِي الذِّمَّةِ وَالْمَبِيعُ مُعَيَّناً (عَلَى تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ أَوَّلًا)

قوله : (ويشترط في صحة التصرف) أي : ببيع وغيره .

قوله : (أيضاً) أي : كما يشترط التقدير المذكور .

قوله : (في سائرهما) أي : في جميع المقبوضات ؛ المنقول وغيره ، المقدر وغيره .

قوله : (من رؤية القاض للمقبوض) أي : وقت القبض كما في البيع ، نص عليه في « الأم » ، واعتمده الزركشي وغيره . ويتعين حمله على الحاضر دون الغائب ؛ لأنه يتسامح فيه ما لا يتسامح في الحاضر كما مر ، كذا في « التحفة »^(١) ، ومقتضى كلام « النهاية » : اعتماد عدم الفرق بين الحاضر والغائب^(٢) ، قال (ع ش) : (لعل المراد بالرؤية بالنسبة للغائب : أن يكون مستحضراً لأوصافه التي رآه بها قبل ذلك سواء كان هو العاقد أو غيره ؛ كأن وكل من اشتراه وتولى هو قبضه)^(٣) .

قوله : (وإن رآه عند العقد) ظاهره : أن الرؤية لا تكفي عند العقد أو قبله وإن كان لا يتغير غالباً ، بخلاف البيع ، ويمكن الفرق ، قاله ابن قاسم ، ولعله : أن البيع عهد فيه اعتماد الوصف في الجملة بخلاف القبض ،أمل .

قوله : (ويجبر البائع) أي : مال نفسه بعد لزوم العقد ، فخرج البائع نيابة عن غيره كالوكيل والولي ؛ فإنه لا يجبر على التسليم ، بل لا يجوز له حتى يقبض الثمن ، والبائع مال نفسه قبل لزوم العقد فلا يلزم التسليم حينئذ .

قوله : (فيما إذا كان الثمن في الذمة) أي : سواء الحال أو المؤجل على المعتمد .

قوله : (والمبيع معيناً) أي : ولو في مجلس العقد ؛ إذ المعين في المجلس كالمعين في العقد . رشيدى^(٤) .

قوله : (على تسليم المبيع أولاً) أي : ابتداء ؛ لرضا البائع بذمة المشتري ، ولأن ملكه مستقر ؛ بمعنى : أن ما عي الذمة لا يتصور تلفه فلا يسقط به فهو آمن من هلاكه ، وينفذ تصرفه فيه بالحوالة والاعتياض ، بخلاف ملك المشتري للمبيع فإنه غير مستقر ، فعلى البائع تسليمه ليتصرف المشتري فيه .

(١) تحفة المحتاج (٤/٤١٣) .

(٢) نهاية المحتاج (٤/٩٦) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٤/٩٦) .

(٤) حاشية الرشيدى (٤/١٠٣) .

إِذَا لَمْ يَخَفْ قَوْتَهُ) فإذا سَلَّمَ . . أَجْبَرَ الْمُشْتَرِي عَلَى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ ، (فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا) وَالْمَبِيعُ فِي الذِّمَّةِ . . أَجْبَرَ الْمُشْتَرِي ، أَوْ الْمَبِيعُ مُعَيَّنًا أَيْضًا . . (أَجْبَرًا) أَي : يُجْبِرُهُمَا الْحَاكِمُ عَلَى التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ ، أَوْ إِلَى عَدْلٍ ، ثُمَّ يُعْطَى

قوله : (إذا لم يخف قوته) أي : البائع فوت الثمن بنحو هرب المشتري أو تملك ماله لغيره .

قوله : (فإذا سلم) أي : البائع المبيع بإجبار أو تبرع .

قوله : (أجبر المشتري على تسليم الثمن) أي : في الحال إن حضر الثمن [في] مجلس العقد ؛ لوجوب التسليم عليه بلا مانع ، وظاهر كلامهم : أنه يجبر على التسليم من عين ما حضر ، ولا يمهل لإحضار ثمن فوراً ودفعه ، ويوجه بأنه حيث حضر النوع . . فطلب تأخير ما عنده فيه نوع تسويق أو عناد ، قال في « الإيعاب » : (والحاصل : أن الذي يتجه : إجباره على الأداء من الحاضر الموافق لصفة الثمن إن ظهر منه أدنى تسويق أو عناد ، وإلا ؛ بأن طلب تأخيراً يسيراً عرفاً . . لم يجبر ، وإلا . . أجبر من غير حجر عليه ؛ إذ لا حاجة إليه) .

قوله : (فإن كان الثمن معيناً والمبيع في الذمة) أي : ولم يخف المشتري فوت المبيع .

قوله : (أجبر المشتري) أي : على تسليم الثمن أولاً ، فإذا سلم . . أجبر البائع على تسليم المبيع .

قوله : (أو المبيع معيناً أيضاً) أي : كالثمن ، قال في « التحفة » : (ويظهر : أن يلحق بذلك ما لو كانا في الذمة)^(١) .

قوله : (أجبراً) أي : البائع والمشتري ، لكن هذه الصورة والتي قبلها إنما تأتيان على أن المبيع إذا كان في الذمة وعقد عليه بلفظ البيع . . كان بيعاً حقيقة ، وهو المعتمد ، فلا يشترط فيه قبض الثمن في المجلس ، أما على ما جرى عليه في « المنهج » من أنه بيع لفظاً سلم معنى والأحكام تابعة للمعنى . . فلا يتأتى إجبار ؛ لأن الإجبار إنما يكون بعد اللزوم ، وحيث كان سلباً . . اشترط قبض رأس المال في المجلس ، ثم إن حصل القبض فيه . . استمرت الصحة ولا يتأتى تنازع ولا إجبار ، وإن لم يتفرقا ولم يقبض . . لم يتأت الإجبار ؛ لعدم اللزوم ، أفاده (ع ش)^(٢) .

قوله : (أي : يجبرهما الحاكم على التسليم إليه أو إلى عدل) أي : بأن يأمرهما الحاكم بتسليم ما عليهما إليه أو إلى العدل ليسلم هو أو العدل كلاهما حقه ؛ كما لو كان لكل عند الآخر ودیعة وتنازعا في البداءة .

قوله : (ثم يعطي) أي : الحاكم أو العدل .

(١) تحفة المحتاج (٤/٤٢١) .

(٢) حاشية الشيرازي (٤/١٠٣) .

كلاً ما له ؛ لاستواء الجانبين ، وله أن يبدأ بمن شاء منهما . وسواء في ذلك النقدان والعرضان ،
والنقد والعرض ، هذا إذ كان نزاعهما في مجرد البداءة بالتسليم ، أما مع خوف الفوات . . فلكل -
إلا البائع بأجل -

قوله : (كلاً ما له) أي : المبيع للمشتري والتمن للبائع .

قوله : (لاستواء الجانبين) أي : في تعيين كل ، والمنع من التصرف فيه قبل القبض .

قوله : (وله) أي : يجوز للحاكم أو العدل .

قوله : (أن يبدأ) أي : في الإعطاء .

قوله : (بمن شاء منهما) أي : البائع والمشتري ، فلا تضر البداءة بأيهما شاء .

قوله : (وسواء في ذلك) أي : إيجاب البائع في الصورة الأولى والمشتري في الثانية وكليهما في
الثالثة .

قوله : (النقدان والعرضان والنقد والعرض) أي : على المنقول المعتمد ؛ فقد صرح بذلك في
« الشرح الصغير » و « زوائد الروضة » ، ولا ينافي ذلك تصوير الرافعي في « الشرح الكبير »
سقوطهما في بيع عرض بعرض ؛ لأن سكوتة عن النقد لا ينفيه ، أفاده في « المغني »^(١) .

قوله : (هذا) أي : الإيجاب المذكور بتفصيله .

قوله : (إن كان نزاعهما) أي : البائع والمشتري .

قوله : (في مجرد البداءة بالتسليم) أي : من غير خوف الفوات ؛ كأن قال البائع : لا أسلم
المبيع حتى أقبض ثمنه ، وقال المشتري : لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع ، وترافعا إلى الحاكم .
قوله : (أما مع خوف الفوات) أي : بهرب أو تملك ماله لغيره ، أو نحوهما .

قوله : (فلكل) أي : من البائع والمشتري .

قوله : (إلا البائع بأجل) أي : فليس له حبس عوضه إلى قبض ثمن قد أجله وإن خاف فواته أو
حل قبل التسليم ؛ لوجوب التسليم قبل الحلول لرضاه بالتأجيل ، وما قيل من أن الشافعي نص على
أن له الحبس فيما إذا حل قبل التسليم كما نقله أبو الطيب عن حكاية المزني . . رد بأنه من تخريج
المزني ؛ كما صرح به أبو الطيب نفسه وحكاه عنه الروياني ، ثم قال : وكم من^(٢) تخريج للمزني
رده الأئمة وجعلوا المذهب خلافه ، ولا شك أن الجمهور على خلافه . انتهى « شرح البهجة »^(٣) .

(١) مغني المحتاج (٢/٩٨) .

(٢) في الأصل : (وكم صح) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) الفرر البهية (٥/٢٠) .

حبس معوضه حتى يقبض مقابله . وإذا امتنع المشتري من تسليم الثمن ، وماله حاضر أو غائب لدون مسافة القصر .. حُجِرَ عليه في جميع أمواله ،

قوله : (حبس معوضه) بفتح الواو المشددة : المبيع والثمن ، وتسمية كل منهما عوضاً صحيحة ، خلافاً لمن زعم خلافه .

قوله : (حتى يقبض مقابله) إنما لم يجبر على التسليم ؛ لظهور الضرر بإلزام أحدهما على تسليم عوضه قبل قبض مقابله ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (نعم ؛ إن تمانعا وخاف كل من صاحبه .. أجبرهما الحاكم كما هو ظاهر بالدفع له أو لعدل ثم يسلم كلاً ما له)^(١) ، زاد في « النهاية » : (واختلاف المكري والمكثري في الابتداء بالتسليم كاختلاف المتبايعين هنا)^(٢) ؛ أي : فالعين المستوفى منها بمنزلة المبيع ، والأجرة بمنزلة الثمن .

قوله : (وإذا امتنع المشتري من تسليم الثمن ...) إلخ ، موضوع هذه المسألة كما قرره بعض المحققين : أن المبيع معين والثمن في الذمة ، وفيها خمس مسائل ؛ لأن المشتري حينئذ إما موسر أو معسر ؛ فإن كان معسراً . فللبائع الفسخ بشرط حجر القاضي ، وإن كان موسراً : فإن حضر ماله بمجلس البيع .. أجبر على التسليم ، وإن لم يحضر .. فإما أن يكون فوق مسافة القصر أو دونها ؛ فإن كان دونها .. حجر عليه القاضي ، وهذا الحجر يسمى الحجر الغريب ، وإن كان فوقها : فإن صبر البائع حجر عليه أيضاً - ويسمى الحجر الغريب أيضاً - وإن لم يصبر .. فسخ ولا يتوقف على حجر ، فالحاصل : أنه هنا حجران غريبان وحجر غير غريب مع فسخ وفسخ من غير حجر وإجبار ، تأمل .

قوله : (وماله حاضر) أي : بمجلس العقد ، قال في « النهاية » : (وإنما اعتبر دون مجلس الخصومة ؛ لأنه الأصل ، فلا نظر لغيره ؛ لأنه قد لا يقع له خصومة)^(٣) ، قال (ع ش) : (وإلا : فلو وقعت الخصومة في غير محل العقد .. كان العبرة بمحل الخصومة كما هو واضح ، وعلم منه : أنه لا يطلق القول باعتبار بلد المخاصمة ولا بلد العقد ولا العاقد ولو انتقل إلى بلدة أخرى) انتهى ملخصاً^(٤)

قوله : (أو غائب لدون مسافة القصر) أي : من مجلس العقد أيضاً .

قوله : (حجر عليه في جميع أمواله) أي : حجر عليه الحاكم فيها حيث لم يكن محجوراً عليه

(١) تحفة المحتاج (٤/٤٢٣) .

(٢) نهاية المحتاج (٤/١٠٥) .

(٣) نهاية المحتاج (٤/١٠٤) .

(٤) حاشية الشيرازي (٤/١٠٤) .

وَمِنْهَا الْمَبِيعُ وَإِنْ كَثُرَتْ وَقِلَّ الثَّمَنُ ؛ لثَلَا يَتَصَرَّفَ فِيهَا بِمَا يَبْطُلُ حَقُّ الْبَائِعِ ، فَإِنْ أَعْسَرَ بِهِ ، أَوْ غَابَ مَالُهُ مَسَافَةَ الْقَصْرِ

بالفلس ، وإلا . . فلا فائدة له ؛ إذ حجر الفلس يتمكن فيه من الرجوع في عين ماله كما سيأتي ، كذا في « النهاية » وغيرها^(١) . واعترض بأن الحجر بالفلس ينافي اليسار الذي هو فرض مسألتنا ، فكيف يقيد بعدم الحجر المفهم مجامعة الحجر بالفلس ليساره ؟! وأجيب بأن اليسار إنما ينافي الحجر بالفلس ابتداءً ، أما بعده . . فلا ينفيه ؛ لجواز طرو يساره بعد الحجر بموت مورثه أو اكتساب ما يزيد به ماله على دينه ، فيصدق عليه الآن أنه موسر مع الحجر بالفلس ؛ لأنه لا ينفك إلا بفك قاض ، ولا يلزم من مجرد يساره بذلك فك القاضي ، فليتأمل .

قوله : (ومنها المبيع) أي : فلا يجوز التصرف فيه .

قوله : (وإن كثرت وقيل الثمن) أي : فلا يتصرف في شيء منها حتى يسلم الثمن للبائع .

قوله : (لثلا يتصرف فيها بما يبطل حق البائع) تعليل للحجر في جميع أمواله ، وهذا الحجر يسمى بالحجر الغريب ؛ لأنه يفارق حجر الفلس في أنه لا يرجع فيه لعين المبيع ، ولا يتوقف على سؤال غريم ولا على فك القاضي ، بل ينفك بمجرد التسليم ، ولا على نقص ماله عن الوفاء ؛ لعذر البائع هنا حيث سلم بإجبار القاضي ، ولذا لو سلم متبرعاً . اعتبر النقص كالفلس ، [و] في أنه ينفق على ممونه نفقة الموسر ، ولا يتعدى للحادث ، ولا يباع فيه مسكن وخادم ؛ لإمكان الوفاء من غيره إذا كان في المال سعة ، تأمل .

قوله : (فإن أعسر به) أي : المشتري بالثمن ؛ بأن لم يكن له مال غير المبيع يمكنه الوفاء منه سواء زاد المبيع على الثمن أم لا وحجر عليه .

قوله : (أو غاب ماله مسافة القصر) أي : أو أكثر من بلد البيع ، فلو انتقل البائع منها إلى بلد آخر . . اعتبر بلد البائع ؛ أخذاً من تعليلهم بالتضرر بالتأخير ، قال في « التحفة » : (فإن قلت : التسليم إنما يلزم بمحل انعقد دون غيره ، فليعتبر بلد العقد مطلقاً . قلت : ممنوع ؛ فسيعلم مما يأتي في « القرض » : أن له المطالبة بغير محل التسليم إن لم يكن له مؤنة أو تحملها ، فإن كان لنقله مؤنة ولم يتحملها . . طابه بقيمته في بلد العقد وقت الطلب ، وإذا أخذها . . كانت للفيصولة ؛ لجواز الاستبدال عنه ، بخلاف السلم) انتهى^(٢) ، ومثله في « النهاية »^(٣) .

(١) نهاية المحتاج (١٠٤/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٤٢٣/٤) .

(٣) نهاية المحتاج (١٠٥/٤) .

أَسْتَقْلَّ الْبَائِعُ بَفْسَخِ الْبَيْعِ ، وَأَخَذَ مَالَهُ .

(فَضْلٌ)

فِي بَيْعِ الثَّمَرِ وَالْحَبِّ عَلَى أَصْلِهِ

(وَلَا يَصِحُّ) حَيْثُ لَمْ يَكُنْ الْأَصْلُ مَقْطُوعاً وَلَا جَافاً (بَيْعُ الثَّمَرَةِ وَحْدَهَا)

قوله : (استقل البائع) أي : في صورتين إن شاء ولو من غير حاكم .

قوله : (بفسخ البيع وأخذ ماله) أي : لتعذر تحصيل الثمن بالإعسار والغيبة ، ولا يكلف الصبر ليساره أو إحضار ماله ؛ لتضرره بتأخير حقه ، فإن صبر . . فالحجر كما مر ، وهذا الفسخ هو الفسخ بالفلس بعينه فيشترط فيه حجر الحاكم ، لكن لا يعتبر المبيع هنا ، ويعتبر ثمة حتى يعتبر نقص المال معه عن الوفاء ، قيل : والفرق : أن المفلس سلطه البائع على^(١) المبيع باختياره ورضي بدمته ، بخلافه هنا ، ونظر فيه ؛ بأن مسألتنا مصورة بما إذا سلم بإجبار الحاكم ، حتى لو سلم متبرعاً . لم يجز الفسخ إذا وفي المبيع بالثمن ، ومقتضى كلامهم : الإطلاق ، وقال بعضهم : والحاصل : أنه إذا لم يف المبيع بالثمن . . جاز له الفسخ جزماً مطلقاً ، وإلا : فإن سلم بإجبار . . فذلك يجوز جزماً ، وإن سلم تبرعاً . فلا حجر ولا فسخ على الراجح ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل : في بيع الثمر والحب على أصله) أي : الشجر والأرض ، فالمراد بـ (الحب) : الزرع ؛ إذ هو الآتي في المتن ، فلو عبر بالزرع . . لكان أوفق .
قوله : (ولا يصح) أي : ويحرم ، قاله في « النهاية »^(٢) .

قوله : (حيث لم يكن الأصل مقطوعاً ولا جافاً) أي : بخلاف ما إذا كان الأصل مقطوعاً أو جافاً . . فإنه يجوز بيع ثمرته دونه من غير شرط قطع ؛ لأن الثمرة لا تبقى عليه فنزل ذلك منزلة شرط القطع ، وأخذ من هذا : جواز شرط القطع ، ويجب الوفاء به لتفريغ ملك البائع ، وكذا لو كانت الشجرة مقلوعة^(٣) وأعادها البائع أو غيره وحلتها الحياة . . فيكلف المشتري القطع ؛ لأن شراء الثمرة وهي مقلوعة تنزل منزلة شرط القطع .

قوله : (بيع الثمرة وحدها) أي : بدون شجرها ، وخرج بـ (البيع) : الهبة فإنه لا يجب فيها

(١) في الأصل : (عن) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) نهاية المحتاج (١٤٦/٤) .

(٣) في الأصل : (مقطوعة) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

قَبْلَ بُدْوَ صِلَاحِهَا) إِلَّا بِشَرَطِ الْقَطْعِ مُنْجَزًا - وَإِنْ بَاعَ مِنْ مَالِكِ الشَّجَرَةِ - لِنَهْيِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِهَا قَبْلَ بُدْوَ صِلَاحِهَا ، وَجَازَ بِالْشَّرَطِ الْمَذْكُورِ ؛ لِلْإِجْمَاعِ

شرط القطع ؛ لأنه بتقدير تلف الثمرة بعاهة لا يفوت على المتهب شيء في مقابلة الثمرة ، بخلاف البيع .

قوله : (قبل بدو صلاحها) أي : الثمرة وإن بدا صلاح غيرها المتحد معها نوعاً ومحللاً .
قوله : (إلا بشرط القطع منجزاً) أي : حالاً سواء تلفظ به أو شرط القطع وأطلق فيه فإنه يحمل على الحال ، قال في « لتحفة » : (ولا يقوم اعتياد القطع مقام شرطه)^(١) ، قال في « حاشية الروض » : (ولا يكون المعهود كالمشروط لفظاً لا في البيع ولا في القرض ولا في الرهن ولا في غيرها ، حتى لو جرت عدة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون وعقد الرهن بلا شرط انتفاع المرتهن به لفظاً . لم يفسد الرهن . ولو أقرض شخصاً مشهوراً ببرد الزيادة بلا شرطها لفظاً ورد زائداً . لم يحرم)^(٢) .

قوله : (وإن بيع من مالك الشجرة) أي : كأن وهب الثمرة لإنسان أو باعها له بشرط القطع ثم اشتراها منه ، أو أوصى بها لإنسان فباعها لمالك الشجرة . . فيجب شرط القطع على المعتمد .
قوله : (لنهي صلى الله تعالى عليه وسلم) دليل لما في المتن .

قوله : (عن بيعها قبل بدو صلاحها) أي : الثمرة رواه الشيخان ، ولفظه : « لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه »^(٣) . ومفهوم الحديث : الجواز بعد بدو الصلاح ، وهو صادق بالأحوال الثلاثة : الإطلاق ، وشرط الإبقاء ، وشرط القطع ، وكذا منطوقه صادق في عدم الصحة بها إلا ما خص بالإجماع كما قاله الشارح ، والمعنى الفارق : أمن العاهة بعد بدو الصلاح غالباً ، وقبله تسرع إليه ؛ لضعفه فيفوت بتلفه الثمن ، وبه يشعر قوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « أرأيت إن منع الله الثمرة ، فبم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ ! »^(٤) .

قوله : (وراز) أي : بيع الثمرة قبل بدو الصلاح .

قوله : (بالشرط المذكور) أي : شرط القطع .

قوله : (للإجماع) أي : فهو المخصص للخبر .

(١) تحفة المحتاج (٤/٤٦١) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٢/١٠٤) .

(٣) صحيح البخاري (٢١٨٣) ، صحيح مسلم (٥١/١٥٣٤) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٤) أخرجه مسلم (١٥٥٥) عن سيدنا أنس رضي الله عنه .

ولا يلزم مالك الأصل الوفاء بالشروط المذكور ؛ لأنه إنما وجب لصحة البيع فقط ، ولا يلزمه غير ذلك أيضاً إن رضي بآثمه . أما بعد بدو الصلاح . فلا يجب ذلك الشرط ، ويكفي في نخلة مثلاً

قوله : (ولا يلزم مالك الأصل...) إلخ ، هذا مرتبط بقوله : (وإن بيع من مالك الشجرة) .

قوله : (لأنه إنما وجب) أي : شرط القطع .

قوله : (لصحة البيع فقط) أي : ولا معنى لتكليفه قطع ثمره عن أصله ، قال في « حاشية الروض » : (ليس لنا شرط يجب ذكره لتصحيح العقد ، ولا يلزم الوفاء به إلا هذا)^(١) .

قوله : (ولا يلزمه) أي : المشتري .

قوله : (غير ذلك) أي : شرط القطع .

قوله : (إن رضي بآثمه) أي : فإن شرط قطع الثمر وترك عن ترض منهما . فلا بأس ، والشجرة أمانة في يد المشتري ؛ لتعذر تسليم الثمرة بدونها ، بخلاف ما لو باع نحو سمن وقبضه المشتري في ظرف البائع . فإنه مضمون عليه ؛ لتمكنه من التسليم في غيره ، وفيما إذا كان الشجر للبائع . له إجبار المشتري على القطع ، ومتى لم يطالبه به . فلا أجرد له ؛ لغلبة المسامحة في ذلك .

قوله : (أما بعد بدو الصلاح) مقابل قول المتن : (قبل بدو صلاحها) .

قوله : (فلا يجب ذلك الشرط) أي : بل يجوز بيعه مطلقاً ، وبشرط الإبقاء وبشرط القطع ؛ لمفهوم الخبر المذكور ، وفي الأولين يستحق الإبقاء إلى أوان الجذاذ لعادة ، وفي الثالث يلزمه الوفاء به ، إلا أن يسامح البائع بالترك إلى أوان الجذاذ ، قال في « حاشية الروض » : (لو لم يأمن المشتري من مطالبة البائع بالقطع بعد الرضا . فليستأجر الأرض ليأمن)^(٢) .

قوله : (ويكفي) أي : بدو الصلاح .

قوله : (في نخلة مثلاً) أي : فبدو صلاح البعض وإن قل كظهوره ، فيصح بيع كله من غير شرط القطع ؛ لأن الله تعالى امتن علينا بطيب الثمار على التدريج إطالة لزمن التفكه ، فلو شرط طيب جميعه . لأدى إلى ألا يباع شيء ؛ لأن السابق قد يتلف أو تباع الحبة بعد الحبة ، وفي كل حرج شديد .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (١٠٤/٢) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (١٠٣/٢) .

إِنْ اتَّحَدَ بَسْتَانٌ وَجَنَسٌ وَعَقْدٌ ؛ لِتَحَقُّقِ التَّبَعِيَّةِ حِينَئِذٍ ، وَهُوَ : أَنْ يَنْقَلِبَ لَوْنُ الثَّمَرَةِ ، أَوْ يَتَمَوَّهَ وَيَلِينَ . (وَلَا) يَصْحُحُ بَيْعُ (الزَّرْعِ وَحْدَهُ) أَيِ : بَدُونِ أَرْضِهِ (قَبْلَ اسْتِدَادِ الْحَبِّ)

قوله : (إن اتحد بستان وجنس وعقد) كان ينبغي أن يزيد : (ومالك) ؛ فإنه يشترط اتحاده ، وقد يتصور اتحاد العقد مع تعدد المالك ؛ وذلك بالوكالة على تصحيحهم أن المعتبر الوكيل . « حاشية الروض »^(١) .

قوله : (لتحقق التبعية حينئذ) أي : حين الاتحاد فيما ذكر ، فإن اختلف شيء منها ؛ بأن اشترى في عقد نخل بستانين ولو متلاصقين أو نخلاً وعنباً ، أو في عقدين نخلاً المؤبر من ذلك في أحدهما وغيره في الآخر . فلا تبعية ؛ لانقطاعها ، واختلاف زمن التأبير ، وانتفاء عسر الأفراد ، وضرر المشاركة باختلاف ذلك ، بخلاف اختلاف [النوع] لا يؤثر .

قوله : (وهو) أي : بدو الصلاح .

قوله : (أن ينقلب لون الثمرة) أي : فيما يتلون ؛ كأن يأخذ في حمرة أو سواد أو صفرة ؛ كبخل وعناب ومشمش وإجاص .

قوله : (أو يتموه ويلين) أي : يصفو ويجري الماء فيه ، يقال : تموه ثمر النخل والعنب ؛ إذا امتلأ ماءً وتهاى للنضج ، وهذا في غير المتلون ؛ كالعنب الأبيض ، قالوا : والضابط في ذلك : أن يبلغ حالة يطلب فيها غالباً ، والأصل فيه : الخبر المتفق عليه عن أنس رضي الله تعالى عنه : (نهى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم عن بيع الثمار حتى تزهي ، فقيل : يا رسول الله . . .)^(٢) ، وروي : (فقيل لأنس : ما تزهي ؟ قال : تحمر أو تصفر)^(٣) ، وكل صحيح ؛ فإن أنسأ رفعه مرة وترك رفعه أخرى مستنداً إلى ما سمعه .

قوله : (ولا يصح بيع الزرع) المراد به : ما ليس بشجر ، قاله في « المغني »^(٤) .

قوله : (وحده ؛ أي : بدون أرضه) سيأتي محترزه في المتن .

قوله : (قبل اشتداد الحب) أي : لخبر : (أنه صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة) رواه مسلم^(٥) ، قال النووي : (« حتى يبيض » معناه : يشتد حبه ؛ وهو

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (١٠٢/٢) .

(٢) صحيح البخاري (٢١٩٨) ، صحيح مسلم (١٥٥٥) .

(٣) صحيح مسلم (١٥٥٥/١) .

(٤) مغني المحتاج (١١٧/٢) .

(٥) صحيح مسلم (١٥٣٥) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ) فِيمَا يُقَطَّعُ ، أَوْ الْقَلْعِ فِيمَا يُقْلَعُ نَظِيرَ مَا تَقَرَّرَ فِي الثَّمَرِ قَبْلَ بَدْوِ صِلَاحِهِ ، أَمَّا مَا أَشْتَدَّ حُبُّهُ ؛ بَأَنْ تَهَيَّأَ لِمَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ ، أَوْ حُبِّ سُنْبِلَةٍ مِنْهُ وَاتَّحَدَ مَا مَرَّ . . . فلا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ الشَّرْطُ . . .

بدو صلاحه ، والعامة : هي الآفة تصيب الزرع أو الثمر ونحوه فتفسده (١) .

قوله : (إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ فِيمَا يُقَطَّعُ أَوْ الْقَلْعِ فِيمَا يُقْلَعُ) أي : فإنه يصح حيث كان المقطوع أو المقلوع منتفعاً به ، قال البرماوي : (ولو اشترى زرعاً بشرط القطع فلم يقطع حتى زاد . . . فالزيادة حتى السنابل للبائع وقد اختلط المبيع بغيره اختلاطاً لا يتميز ، وإن اشتراه بشرط القلع فلم يقلع حتى زاد . . . فالزيادة للمشتري ؛ لأنه اشترى الكل فما ظهر يكون له ، وهذا التفصيل هو المعتمد) انتهى .

قوله : (نظير ما تقرر في الثمر قبل بدو صلاحه) أي : فإن باعه وحده من غير شرط قطع أو قلع أو بشرط إبقائه أو بشرط قطع أو قلع بعضه . . . لم يصح البيع ويأثم ؛ لتعاطيه عقداً فاسداً . « تحفة » و « نهاية » (٢) .

قوله : (أما ما اشتد حبه) أي : الزرع ، مقابل قول المتن : (قبل اشتداد الحب) .

قوله : (بَأَنْ تَهَيَّأَ لِمَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ) تصوير للاشتداد .

قوله : (أَوْ حُبِّ سُنْبِلَةٍ مِنْهُ) أي : فقد ذكر المتولي وغيره : أنه إذا اشتد بعض السنابل . . . كان كبذو الصلاح في بعض الثمار ، وقد اكتفوا في التأبير بطلعة واحدة ، وفي بدو الصلاح بحبة واحدة ، فقياسه هنا : أنه يكتفى باشتداد سنبله واحدة ، وهو المعتمد عند الشارح والرملي وإن توقف فيه الأذرعى والزركشي (٣) .

قوله : (واتحد ما مر) أي : البستان والجنس والعقد .

قوله : (فلا يشترط ذلك الشرط) أي : شرط القطع أو القلع ؛ كبيع الثمر بعد بدو الصلاح .

نعم ؛ يشترط في صحة بيعهما ظهور المقصود ؛ لئلا يكون بيع غائب . فلا يصح بيع حب مستتر في سنبله الذي ليس من صلاحه ، فلا يضر استتاره بما لا يزال إلا عند الأكل ؛ كالأرز والرمان ، وأما نحو الفول من كل ما له كمان . . . فيباع في كفه الأسفل ؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته ، ولا يصح بيعه في الأعلى ولو رطباً ؛ لاستتاره بما ليس من صلاحه .

(١) شرح صحيح مسلم (١٧٩/١٠) .

(٢) تحفة المحتاج (٤٦٤/٤) ، نهاية المحتاج (١٤٩/٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٤٦٤/٤) ، نهاية المحتاج (١٤٩/٤) .

وخرج بقوله : (وحده) هنا : ما لو باعه مع أصله ؛ كما قال : (فإن باعه) أي : الثمر مع الشجر أو) باع (الزرع مع الأرض جاز بلا شرط) للقطع ، بل لا يجوز شرطه ؛ لما فيه من الحجر على المشتري مع كونه تابعاً ، وبه فارق بيعة من مالك الشجرة ؛ إذ لا تبعية فيها

قال في « الأسنى » : (وما قيل [من] إن الشافعي أمر الربيع ببغداد أن يشتري له الباقلاء الرطب . . . رد بأن هذا نصه في القديم ؛ لكونه كان ببغداد ، ونص في الجديد على خلافه ، وبأن في صحة ذلك توقفاً ؛ لأن الربيع إنما صحب الشافعي بمصر لا ببغداد ، لكن قال بالصحة كثيرون)^(١) .

قوله : (وخرج بقوله : وحده هنا) أي : في بيع الزرع ووحدها في بيع الثمرة .

قوله : (ما لو باعه مع أصله) أي : الشجر في الثمر والأرض في الزرع .

قوله : (كما قال) أي : المصنف رحمه الله تعالى .

قوله : (فإن باعه ؛ أي : الثمر مع الشجر) أي : بثمن واحد ، قال في « حاشية الروض » : (دخل في إطلاقه صورتان : أن يبيع الثمرة مع الشجرة بالصريح ، أو يبيع الشجرة مطلقاً وعليها ثمرة غير مؤبرة فتدخل كالحمل ، ومثله : ما لو كان عليها ثمرة مؤبرة وثمره غير مؤبرة)^(٢) .

قوله : (أو باع الزرع مع الأرض) كذلك .

قوله : (جاز بلا شرط) أي : لتبعية الثمر هنا للشجر الذي لا تعرض له عاهة ، ومن ثم : لو فصل الثمن ؛ كبعتك الأمل بدينار والثمرة بنصفه . . لم يصح بيع الثمرة إلا بشرط القطع ؛ لانتفاء التبعية .

قوله : (بل لا يجوز شرطه) أي : القطع عند اتحاد الصفقة .

قوله : (لما فيه) أي : في شرط القطع .

قوله : (من الحجر على المشتري) أي : في ملكه .

قوله : (مع كونه تابعاً) يعني : أن الثمر تابع للشجر ؛ لشمول العقد لهما .

قوله : (وبه) أي : بهذا التعليل .

قوله : (فارق بيعة) أي : الثمر .

قوله : (من مالك الشجر) أي : حيث لا يجوز إلا بشرط القطع .

قوله : (إذ لا تبعية فيها) أي : في صورة البيع لمالك الشجرة ، ولو باع الثمرة مع الشجر فتلفت الثمرة قبل التخلية . . انفسخ العقد فيها لا في الشجر تفريقاً للصفقة ، ولا يصح بيع ما يغلب تلاحقه

(١) أسنى المطالب (١٠٦/٢) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (١٠٤/٢) .

(فَضْلٌ)

فِي التَّحَالُفِ

(وَإِذَا اُخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ) ولو وكيلين ، أو وارثين ، أو أحدهما وارث والآخر غير وارث (فِي صِفَةِ الْبَيْعِ) أو غيره مِنْ عقودِ الْمُعَاوَضَةِ الْمُحَضَّةِ وَغَيْرِهَا ؛ بِأَنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا نَحْوَ قَدَرٍ ،

واختلاط حادثه بموجوده وإن بدا صلاحه ؛ كتين وقتاء ؛ لعدم القدرة على التسليم إلا بشرط قطعه عند خوف الاختلاط ، فإن وقع اختلاط فيه أو فيما [لا] يغلب اختلاطه قبل التخلية . . خير مشتر إن لم يسمح له به بائع بهبة أو إعراض ، وإلا . . فلا خيار ؛ لزوال المحذور ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل : في التحالف) أي : في بيان التحالف الواقع بين العاقدین أو من يقوم مقامهما .

قوله : (وإذا اختلف المتبايعان) أي : البائع والمشتري .

قوله : (ولو وكيلين أو وارثين) أي : أو قنين أذن لهما سيدهما كم هو ظاهر أو وليين ، قال في « الإيعاب » : (وإطلاق الوارث يشمل ما لو كان بيت المال في من لا وارث له غيره . . فهل يحلف الإمام كما شمله كلامهم أو لا ؟ فيه نظر) ، واستوجه الأطفحي عدم حلفه . بجيرمي^(١) .

قوله : (أو أحدهما وارث والآخر غير وارث) لو قال : أو مختلفين . لكان أعم .

قوله : (في صفة البيع) أي : فيما يتعلق به من الحالة التي يقع عليها

قوله : (أو غيره) أي : البيع .

قوله : (من عقود المعاوضة المحضة) أي : كسلم وإجارة ومساقاة وغراض .

قوله : (وغيرها) أي : غير المحضة ؛ كالصداق والخلع وصلاح الدم ، فتخصيص المصنف البيع بالذكر ؛ لأن الكلام فيه والاختلاف فيه أغلب من غيره .

قوله : (بأن ادعى أحدهما) تصوير للاختلاف .

قوله : (نحو قدر) أي : للثمن أو المبيع ، قال في « التحفة » : (يشترط أن يكون مدعى المشتري مثلاً في المبيع أكثر والبائع مثلاً في الثمن أكثر ، وإلا . . فلا فائدة للتحالف)^(٢) ، قال السيد عمر : (وهذا واضح عند الزيادة في العدد مع الاتحاد في الجنس والصفة ، أما إذا اختلفا ؛ كأن قال البائع : بعثك بألف درهم والمشتري بمئة دينار وكانت الألف درهم في القيمة دون المئة . .

(١) التجريد لنفع العبيد (٣١٣/٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٤٧٤/٤) .

أَوْ جِنْسٍ ، أَوْ نَوْعٍ ، أَوْ صِفَةٍ ، أَوْ غَيْرِهِ ، أَوْ شَرْطَ شَيْءٍ يَصِحُّ كَأَجَلٍ ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، وَقَدْ صَحَّ الْعَقْدُ بِاتِّفَاقِهِمَا ، وَلَمْ تَكُنْ بَيْنَهُ ، أَوْ تَعَارَضَ بَيْنَتَانِ (.. تَحَالَفًا) وَلَوْ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ

فهل يكون الحكم كذلك ، أو لا ؟ ويفرق بأن البائع قد يكون له غرض في خصوص الدراهم) انتهى ، استقرب الشرواني الثاني^(١) .

قوله : (أَوْ جِنْسٍ أَوْ نَوْعٍ أَوْ صِفَةٍ) أي : كذهب أو فضة ، وكذهب كذا أو كذا ، وكصحيح أو مكسر .

قوله : (أَوْ شَرْطَ شَيْءٍ يَصِحُّ) أي : يصح شرطه في البيع ، وهذا معطوف على (نحو قدر) .

قوله : (كَأَجَلٍ) أي : كأن ادعاه المشتري وأنكر البائع ، أو قدره ؛ كيوم أو يومين .

قوله : (وَأَنْكَرَ الْآخَرَ) عطف على (ادعى) .

قوله : (وَقَدْ صَحَّ الْعَقْدُ بِاتِّفَاقِهِمَا) أي : العاقدین ، وخرج بهذا القيد ما إذا اختلفا في صحة العقد ؛ كأن قال : بعتك بألف فقال : بل بحر ، أو بزق خمر . . فلا تحالف ، بل القول قول مدعي الصحة كما سيأتي .

نعم ؛ لو قال : بعته بألف فقال : بل بخمس مئة وزق خمر . . تحالفا بعد حلف مدعي الصحة ؛ لاختلافهما في قدر الثمن ، ذكره الشيخان ، فذكر اعتراف^(٢) العاقدین بالصحة جري على الغالب ، أفاده في « الغرر »^(٣) .

قوله : (وَلَمْ تَكُنْ بَيْنَهُ) أي : لأحدهما ، فإن كانت له بينة . . قضى له بها كما في سائر الدعاوي .

قوله : (أَوْ تَعَارَضَ بَيْنَتَانِ) أي : لإطلاقهما أو إطلاق إحداهما فقط ، أو لكونهما أرختا بتاريخين متفقين ، بخلاف ما إذا أرختا بتاريخين مختلفين . . لا تحالف ، بل يُقضى بمتقدمة التاريخ .

قوله : (تَحَالَفًا) جواب (وإذا اختلف . .) إلخ ، وهذا التحالف يكون عند الحاكم ، وألحق به المحكم ، فخرج : تحالفهما بأنفسهما فلا يؤثر فسخاً ولا لزوماً ، ومثله فيما ذكر جميع الأيمان التي يترتب عليها فصل الخصومة فلا يعتد بها إلا عند الحاكم أو المحكم . شيخنا عن (ع ش)^(٤) .

قوله : (وَلَوْ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ) أي : فيجري التحالف فيه ، هذا هو المعتمد كما صرح به ابن

(١) حاشية الشرواني (٤ / ٧٤ :) .

(٢) في الأصل : (اتفاق) ، وهل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) الغرر البهية (١٢٧ / ٥ - ١٢٨) .

(٤) إعانة الطالبين (٤٥ / ٣)

كَوَالَهُ مَا بَعْتُ بِالْأَلْفِ بَلٌّ بِالْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ كَلَامَهُ مَدْعٍ وَمَدْعَى عَلَيْهِ ، وَمَنْفَى كُلٌّ فِي ضَمَنِ مُشْتَبِهِ ، فَجَازَ جَمْعُهُمَا فِي يَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، وَقَدْ أَمَّا النَّفْيُ ؛ لِيَفِيدَ الْإِثْبَاتُ بَعْدَهُ تَأْسِيساً ، بِخِلَافِ عَكْسِهِ ،

قوله : (كواله ؛ ما بعث بألف ، بل بالفين) أي : أو ولقد بعث بالفين ، ويقول المشتري : والله ؛ ما اشتريت بالفين ، بل بألف ، أو : ولقد اشتريت بألف ، ويفهم من كلامه : أنه لا يحتاج إلى صيغة حصر ، وهو كذلك على المعتمد ، خلافاً لما يوهمه تعبير بعضهم بـ (إنما) إذ لا حاجة إلى الحصر بعد النفي ، ولو نكل أحدهما عن النفي فقط أو الإثبات فقط قضى للحالف ، وإن نكلا معاً . . . وقف الأمر ؛ وكأنهما تركا الخصومة .

قوله : (لأن كلاً) أي : من البائع والمشتري ؛ تعليل للتحالف .

قوله : (مدع ومدعى عليه) أي : وقد ثبت في « الصحيح » : « اليمين على المدعى عليه »^(١) ، ولا يشكل عليه حديث : « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة . . فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركا » رواه أبو داود وصححه الحاكم^(٢) ؛ لأنه عرف من الحديث الأول زيادة عليه ، وهي : حلف المشتري أيضاً فأخذنا بها ، تأمل .

قوله : (ومنفي كل في ضمن مثبته) أي : نفي منفي كل منهما في ضمن إثبات مثبته ، فظاهر العبارة ليس مراداً كما لا يخفى ، أو المعنى : المنفي من حيث نفيه في ضمن المثبت من حيث إثباته ، فاندفع ما يقال : لبس المنفي في حلف المشتري في ضمن مثبته . بجبرمي^(٣) .

قوله : (فجاز جمعهما في يمين واحدة) بل هي أقرب لفصل الخصومة .

نعم ؛ يجوز العدول إلى يمينين ، قال في « النهاية » : (بل يظهر : استحبابهما ؛ خروجاً من الخلاف ؛ لأن في مدركه قوة وإن أشعر كلام الماوردي بمنعهما ؛ إذ لا يعول على ذلك)^(٤) .

قوله : (وقدم النفي) أي : على المثبت ندباً كما مر .

قوله : (ليفيد الإثبات بعده تأسيساً) أي : ولأن الأصل : يمين المدعى [عليه] ؛ إذ^(٥) حلف المدعي على إثبات قوله إنما هو لنحو قرينة لوث أو نكول^(٦) .

قوله : (بخلاف عكسه) أي : تقديم الإثبات على النفي فإنه لا يفيد التأسيس ، بل التأكيد

(١) أخرجه البخاري (٢٥١٤) ، ومسلم (١٧١١) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٢) سنن أبي داود (٣٥١١) ، المستدرک (٤٥/٢) عن سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

(٣) التجريد لنفع العيب (٣١٥/٢) .

(٤) نهاية المحتاج (١٦٣/٤) .

(٥) في الأصل : (إذا) ، ولعن الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٦) انظر « أسنى المطالب » (١١٨/٢) ، « تحفة المحتاج » (٤٧٨/٤) .

ولا يُكْتَفَى بِالْإِثْبَاتِ ؛ لِأَنَّ الْإِيمَانَ لَا يُكْتَفَى فِيهَا بِاللَّازِمِ وَالْمَفْهُومِ . (ثُمَّ) بَعْدَ التَّحَالُفِ (إِنْ لَمْ يَتَرَاضِياً بِشَيْءٍ) بَلْ أَصْرًا عَلَى الْإِخْتِلَافِ (. . فَسَخَ الْبَيْعَ أَحَدُهُمَا أَوْ الْحَاكِمُ) وَإِنْ لَمْ يَسْأَلَاهُ ؛ . .

فقط ، وبيانه : أنه إذا قال : والله ؛ ما بعته لك بألف . . يبقى لقوله : ولقد بعته لك بألفين فائدة لم تستفد من النفي ، بخلاف ما لو قال : بعته لك بألفين . . لم يبق لقوله : وما بعته بألف إلا التأكيد ، والتأسيس خيره منه ، وإنما جاز ؛ لحصول التعدد بكل من الأمرين ، تأمل .

قوله : (ولا يكفى بالإثبات) أي : وحده ؛ كقوله : والله ؛ بعته بألفين .

قوله : (لأن الإيمان لا يكفى فيها باللازم والمفهوم) أي : بل لا بد فيها من الصريح ؛ لأن فيها نوع تعبد ، قال في « الفتح » : (ومن ثم : اتجه عدم الاكتفاء بما بعث إلا بكذا ؛ لأن النفي فيه صريح والإثبات مفهوم كما حقق في الأصول)^(١) ، واكتفى الصيمري بهذا ؛ لأنه أسرع إلى فصل القضاء ، ويلزمه الاكتفاء أيضاً بإنما بعث بكذا وإنما اشترت ، وانتصر له ابن الرفعة والسبكي ، لكن المعتمد : أن ذلك لا يكفي .

قوله : (ثم بعد التحالف) أي : عند الحاكم أو المحكم كما مر .

قوله : (إِنْ لَمْ يَتَرَاضِياً بِشَيْءٍ بَلْ أَصْرًا عَلَى الْإِخْتِلَافِ) أي : أما إذا تراضيا على ما قاله أحدهما . . فظاهر : إمضاء العقد به ، قال في « التحفة » : (وينبغي للحاكم ندمهما للتوافق ما أمكن ، ولو رضي أحدهما بدفع ما طلبه صاحبه . . أجبر الآخر عليه ، قال القاضي : وليس له الرجوع عن رضاه كما لو رضي بالعيب)^(٢) .

قوله : (فسخ البيع أحدهما) أي : أو كلاهما ؛ لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبهه الفسخ بالعيب ، ولم يفسخ بنفس التحالف ؛ لما صح : أنه صلى الله تعالى عليه وسلم أمر البائع أن يحلف ، ثم يتخير المبتاع ؛ إن شاء . . [أخذ] ، وإن شاء . . ترك ؛ فإِنْ تَخَيَّرَ فِيهِ بَعْدَ الْحَلْفِ صَرِيحٌ فِي عَدَمِ الْإِنْفِسَاخِ بِهِ ، وَلِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَى مِنَ الْيَمِينِ ، وَلَوْ أَقَامَ كِلَاهُمَا بَيِّنَةً . . لَمْ يَنْفَسَخْ فَالتَّحَالُفُ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ كِلَاهُمَا قَصْدُ بَيِّنَةٍ إِثْبَاتِ الْمَلِكِ فَلَمْ يَجْزْ أَنْ تَكُونَ مُوجِبَةً لِلْفَسْخِ ، وَلِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ صَحِيحاً بِاتِّفَاقِهِمَا فَلَا يَنْفَسَخُ إِلَّا بِالْفَسْخِ كَسَائِرِ الْعُقُودِ .

قوله : (أَوْ الْحَاكِمُ) أي : وهو أولى ؛ لما قيل : إنه لا يجوز فسخ أحدهما ؛ لأنه فسخ مجتهد فيه كالفسخ بالعنة .

قوله : (وَإِنْ لَمْ يَسْأَلَاهُ) أي : بل وإن أعرضاً عن الخصومة على ما صححه ابن المقري في

(١) فتح الجواد (١/٤٣١) .

(٢) تحفة المحتاج (٤/٤٧٩) .

قطعاً للنزاع ، ولا يفسخُ أو فسخَ الكاذبُ إلا ظاهراً فقط ، وقبل الفسخِ ملكُ المشتري باقٍ ، فله الوطاءُ وغيرُهُ . (و) بعد الفسخِ (يَرُدُّ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ) إن بقيت عينُهُ ، ولا يجوزُ له حينئذٍ

« تمشيته »^(١) ، لكن نقل السنوي عن القاضي أنه ليس له الفسخ حينئذٍ^(٢) ، وهو المعتمد .

قوله : (قطعاً للنزاع) تعليل لفسخ الحاكم ، قال في « التحفة » : (ورجح ابن الرفعة : أنه لا يجب هنا في الفسخ فور ، ويشكل عليه ما تقرر من إلحاقه بالعيب ، إلا أن يفرق بأن التأخير هنا لا يشعر بالرضا ؛ للاختلاف ، في وجود المقتضي بخلافه ثم) انتهى^(٣) ، ونحوه في « النهاية »^(٤) .
قوله : (ولا يفسخ) أي : العقد .

قوله : (لو فسخ الكاذب) أي : بخلاف فسخ الصادق منهما والحاكم فإنه ينفذ ظاهراً وباطناً ؛ لتعذر وصولهما إلى أحدهما كما في الفسخ بالإفلاس فكل منهما التصرف فيما عاد إليه .
قوله : (إلا ظاهراً فقط) أي : لا باطناً ؛ لترتب على أصل كاذب ، وطريق الصادق : إنشاء الفسخ إن أراد الملك فيما عاد إليه ، وإن لم يردده : فإن أنشأ الفسخ أيضاً . . فذاك ، وإلا . . فقد ظفر بمال من ظلمه ، فيتملكه إن كان من جنس حقه ، وإلا . . فيبيعه ليستوفي حقه من ثمنه . « أسنى » و« مغني »^(٥) .

قوله : (وقبل الفسخ ملك المشتري باق) أي : ولو بعد التحالف ؛ كما علم مما مر : أنه لا يفسخ بمجردده .

قوله : (فله الوطاء وغيره) أي : من التصرفات ، قال الشرواني : (وظاهر : أن جواز الوطاء إنما هو إذا لم يتعمد الكذب واعتقد أنها المشتراة)^(٦) .

قوله : (وبعد الفسخ) أي : منهما أو من أحدهما أو من الحاكم .

قوله : (يرد المشتري المبيع) أي : بزوائده المتصلة ؛ لأنها تابعة للأصل ، دون المنفصلة قبل الفسخ ولو قبل القبض ؛ لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله .

قوله : (إن بقيت عينه) أي : في ملكه ولم يتعلق به حق لازم لغيره .

قوله : (ولا يجوز له حينئذ) أي : حين بقاء عينه .



(١) إ خلاص الناوي (١٢٣/٢) .

(٢) المهمات (٢٨٠/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (٤٧٩/٤) .

(٤) نهاية المحتاج (١٦٤/٤) .

(٥) أسنى المطالب (١١٩/٢) ، مغني المحتاج (١٢٦/٢) .

(٦) حاشية الشرواني (٤٧٩/٤) .

رَدُّ بَدْلِهِ (أَوْ قِيَمَتُهُ) إِنْ كَانَ مَتَقَوِّمًا ، أَوْ مِثْلَهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا (إِنْ تَلَفَ) وَإِنْ زَادَتْ قِيَمَتُهُ عَلَى مَا يَدْعِيهِ الْبَائِعُ مِنْ ثَمَنِهِ ، وَتَعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ وَقْتُ تَلْفِهِ ، وَيَرَدُّ قِيَمَةُ الْآبَقِ لِلْحِيلُولَةِ

قوله : (رد بدله) أي : المبيع من مثل أو قيمة ، وعلى البائع رد الثمن المقبوض كذلك ، وشمل كلامهم ما لو نفذ الفسخ ظاهراً فقط ؛ بأن فسخه الكاذب منهما ، قال في « التحفة » : (واستشكله السبكي بأن فيه حكماً للظالم ، ثم أجاب بأن الظالم لما لم يتعين . . اغتفر ذلك ، ومؤنة الرد على الراد كما يفهم من التعبير برداً ؛ لأن من كان ضامناً للعين . . كانت مؤنة ردها عليه)^(١) .

قوله : (أو قيمته إن كان متقوماً) أي : كالحیوان والثیاب .

قوله : (أو مثله إن كان مثلياً) هذا هو المشهور كما قاله ابن الرفعة ، خلافاً لما تفهمه عبارة المصنف من وجوب القيمة في المثلي أيضاً وإن صححه بعضهم ، بل كثيراً ما يعبرون بالقيمة ويريدون بها البدل الشرعي .

قوله : (إن تلف) أي : المبيع حساً ؛ كأن مات ، أو شرعاً ؛ كأن وقفه أو باعه .

قوله : (وإن زادت قيمته على ما يدعيه البائع من ثمنه) الغاية للتعميم ؛ ففي « التحفة » : (سواء أزادت على [الثمن] الذي يدعيه البائع أم لا ، قال : ولو تلف بعضه . . رد الباقي وبدل التالف)^(٢) .

قوله : (وتعتبر قيمته وقت تلفه) أي : في الأظهر ، لا حين قبضه ، ولا أقل القيمتين حين العقد والقبض ، ولا أقصى القيم من حين القبض إلى حين التلف ؛ وذلك لأن مورد الفسخ العين والقيمة بدل عنها فلتعتبر عند فوات أصلها ، وهو أولى بذلك من المستام والمعار ، وقد صرحوا [فيهما] بأن العبرة بقيمة وقت التلف ، وفرق بين اعتبار وقت التلف هنا وبين ما لو باع عيناً فردت عليه بعيب وقد تلف الثمن المتقوم بيد البائع . . فإنه يضمنه بالأقل من العقد إلى القبض ؛ بأن سبب الفسخ هنا حلف البائع فنزل منزلة إتلافه فتعين النظر لوقت التلف ، وهناك الموجب للقيمة هو مجرد ارتفاع العقد من غير أن يستند لفعل أحد فتعين النظر لقضية العقد وما بعده إلى القبض ، تأمل .

قوله : (ويرد قيمة الآبق للحيلولة) يعني : إذا فسخ العقد على الرقبن وهو آبق . . غرم المشتري قيمته للحيلولة ؛ لتعذر حصوله ، فلو رجع الآبق . . رده واسترد القيمة ، بخلاف ما لو كاتبه كتابة صحيحة . . فإن البائع مخير بين انتظار فكاكه وبين أخذ قيمته للفيضولة ؛ لأن الإباق لا يمنع تملك المبيع ، بخلاف الكتابة فأشبهت البيع ، ومثلها الرهن ، وإنما لم يخير الزوج في نظيره من

(١) تحفة المحتاج (٤/ ٤٨٠) .

(٢) تحفة المحتاج (٤/ ٤٨٠) .

(وَلَوْ اُخْتَلَفَا فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ) بِأَن ادَّعَى أَحَدُهُمَا اقترانه بمفسد كاختلال ركن ، أو شرط كالرؤية ، أو اقتران شرط مفسد له (. . صُدِّقَ مُدَّعِي الصَّحَّةِ) تقديمًا للظاهر من حال المُكَلَّفِ ؛ وهو : اجتنابُ المفسد ؛ لتشوف الشارع إلى إمضاء العقد . وقد يُصَدِّقُ مُدَّعِي الفسادِ كمدعي الصِّلحِ على الإنكار ،

الصدّاق ؛ لأن جبر كسره لبا بالطلاق اقتضى إجباره على أخذ البذل حالاً رفقا بها ، ودفعاً لما أصابها من الكسر ، بخلاف المشتري .

قوله : (ولو اختلفا) أي : البائع والمشتري ولو نحو وكيلين كما مر .

قوله : (في صحة البيع) أي : أو غيره من العقود .

قوله : (بأن ادعى أحدهما اقترانه بمفسد) أي : وادعى الآخر عدمه .

قوله : (كاختلال ركن) أي : كجميع أو ثمن .

قوله : (أو شرط ؛ كالرؤية) أي : كأن ادعى أحدهما رؤيته وأنكرها الآخر .

قوله : (أو اقتران شرط مفسد له) أي : للبيع ؛ كشرط الإقراض .

قوله : (صدق مدعي الصحة) أي : غالباً كما سيأتي ، هذا هو الأصح كما في

« المنهاج »^(١) ، قال في « المغني » : (والثاني : يصدق مدعي الفساد ؛ لأن الأصل : عدم العقد الصحيح)^(٢) ، ولا فرق في تصديق مدعي صحة العقد بين المسلم والكافر .

قوله : (تقديمًا للظاهر من حال المكلف . . .) إلخ ، تعليل لتقديم مدعي الصحة .

قوله : (وهو اجتناب المفسد) أي : والأصل أيضاً : عدم المفسد ، فجانب الصحة اجتمع فيه

أمران : الأصل ، والظاهر ، وجانب الفساد إنما اعتضد بأصل مجرد .

قوله : (لتشوف الشارع إلى إمضاء العقد) أي : أيّ عقد كان ، ولأن من أقدم على عقد . . كان

في ضمنه الاعتراف بوجود شرائطه حتى لا يسمع منه خلاف ذلك إلا أن يذكر تأويلاً ، قال ابن دقيق

العيد : (ومن ذلك : أن الحاكم إذا حكم في واقعة ولم يذكر أنه استوفى الأوضاع الشرعية في

حكمه . . أنه يعمل به) انتهى « حاشية الروض »^(٣) .

قوله : (وقد يصدق مدعي الفساد) أي : على خلاف الغالب من تصديق مدعي الصحة .

قوله : (كمدعي الصنع على الإنكار) أي : بأن ادعى أحد المتصالحين وقوع صلحهما على

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٣٤) .

(٢) مغني المحتاج (١٢٧/٢) .

(٣) حواشي الرملي على شرح لروض (١١٦/٢) .

ومُدَّعي نحو بيع وبه نحو صباً أمكن .

(فَصْلٌ)

في تصرف الرقيق

(لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُ الْعَبْدِ)

إنكار فيصدق بيمينه ؛ لأنه الغالب مع قوة الخلاف فيه وزيادة شيوعه ووقوعه ، وبه يندفع إيراد صور الغالب فيها وقوع المفسد المدعى - أي : بفتح العين - ومع ذلك صدقوا مدعي الصحة فيها .

قوله : (ومدعي نحو بيع) عطف على (مدعي الصلح) .

قوله : (وبه نحو صباً أمكن) أي : أو جنون أو حجر وعرف له ذلك فيصدق فيما عدا النكاح بيمينه أيضاً ، قيل : وإن سبق إقراره بضده ؛ لوقوع حال نقصه ، ورد بقول العمراني : لو أقر بالاحتلام . . لم يقبل رجوعه [عنه] ، وأجيب بحمل الأول على ما إذا أقر بالبلوغ ولم يذكر سببه ، فتقبل دعواه الصبا بعد ؛ لاحتمال أن يظن ما ليس سبباً للبلوغ بلوغاً ؛ كتنوء طرف الحلقوم وافتراق الأرنبة ، فلا تكون دعواه الصبا مناقضة صريحاً ؛ لإقراره بالبلوغ ، بخلاف إقراره بالاحتلام ، أفاده (ع ش) على « النهاية »^(١) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل : في تصرف الرقيق) أي : وما يتبعه ؛ كعدم ملكه بتمليك السيد ، وذكر صاحب « التنبيه » هذه الترجمة عقب القراض^(٢) ؛ لمشاركته له في اتحاد المقصود ؛ وهو تحصيل الربح بالإذن ، وصاحب « البهجة » قبل التحالف^(٣) ؛ إشارة لجريان التحالف في الرقيقين ، والمصنف تبعاً للتنويي ذكرها هنا ، وهو أولى ؛ لأنه تبع للحر ، فأخرت أحكامه عن أحكامه على أنهما تبعاً للشافعي رضي الله تعالى عنه فإنه ذكرها هنا مترجماً لها بمداينة العبد^(٤) .

هذا ؛ قال الإمام : (وتصرفات الرقيق ثلاثة أقسام : ما لا ينفذ وإن ذن فيه السيد ؛ كالولايات والشهادات ، وما ينفذ بغير إذنه ؛ كالعبادات والطلاق والخلع ، وما توقف على إذنه ؛ كالبيع والإجارة ، وهذا هو مقصود الباب) .

قوله : (لا يصح تصرف العبد) أي : مباشرة لعقد مالي ولو في ذمته ، وكذا الاختصاص فلا

(١) حاشية الشبراملسي (٤/١٦٨-١٦٩) .

(٢) التنبيه (ص ٨٢) .

(٣) بهجة الحاوي (ص ٨٧) .

(٤) انظر « مختصر المزني » (ص ٨٩) ، ولفظ الترجمة : (باب تصرف الرقيق) .

وَالْأَمَةِ (بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ) لِأَنَّهُ مُحْجُورٌ عَلَيْهِ لِحَقِّهِ ، فَلَا عِبْرَةَ بِسُكُوتِهِ (فَإِنْ أَذِنَ) سَيِّدُهُ أَوْ وَلِيُّهُ (لَهُ)
وَهُوَ بِالْعَاقِلِ رَشِيدٌ

ينفذ رفع يده عنه كما بحث .

قوله : (والأمة) أي فالأحكام التي تثبت للعبد تثبت لها ، فلو عبر المصنف بالرقيق
أولى ، على أن ابن حزم قال : لفظ (العبد) يتناول الأمة .

قوله : (بغير إذن سيده) أي : المعتبر إذنه شرعاً ، فلو كان السيد محجوراً عليه صح تصرفه
بإذن وليه بشرط أن يكون الرقيق مأموناً ثقة ، قال جمع بحثاً : (وقد يصح تصرفه بغير إذن ؛ كأن
امتنع سيده من إنفاقه ، أو تعذرت مراجعته ولم يمكنه مراجعة الحاكم فيصح شراؤه ما تمس
حاجته إليه ، وكذا لو بعث في شغل لبلد بعيد أو أذن له في حج أو غزو ولم يتعرض لإذنه له في
الشراء)^(١) .

قوله : (لأنه محجور عليه لحقه) أي : فهو ناقص كالسفيه ، ولأنه لا يمكن ثبوت الملك له ؛
لأنه ليس أهلاً للملك ، ولا لمولاه بعوض في ذمته ؛ لأنه لم يرض به ، ولا في ذمة العبد ؛ لما فيه
من حصول أحد العوضين لغير من يلزمه الآخر . « أسنى »^(٢) .

قوله : (فلا عبرة بسكوته) أي : السيد ؛ لأن ما الإذن فيه شرط لا يكون السكوت فيه إذناً .
نعم ؛ إن باع المأذون مع ماله لم يشترط تجديد إذن من المشتري ، كذا قيل ، وهو مفرع على
رأي مرجوح ، وهو : أن سيده لو باعه لم يصير محجوراً عليه .

قوله : (فإن أذن سيده) أي : الكامل .

قوله : (أو وليه) أي : إن كان غير كامل .

قوله : (له) أي : للعبد بالمعنى الشامل للأمة في التصرف .

قوله : (وهو) أي : العبد .

قوله : (بالغ عاقل رشيد) أي : أو سفيه مهمل ، واعترض اشتراط الرشد فيه بأن قضية كون
إذن السيد له في ذلك استخداماً عدم اشتراط الرشد ، وأجيب بأنه ليس استخداماً مقتصرأ أثره على
السيد ، بل متعدياً لغيره . فشرط فيه مع ذلك الرشد ؛ رعاية لمصلحة معامليه ، وقضيته : أنه
لا يشترط رشده في شرائه نفسه من سيده ، لكن الأوجه : اشتراطه وإن كان عقد عتاقة ؛ لأنه يعطى
حكم البيع في أكثر أحكامه .

(١) انظر « تحفة المحتاج » (٤٨٦/٤) .

(٢) أسنى المطالب (١١٠-١٠٩/٢) .

(.. تَصَرَّفَ بِحَسَبِ الْإِذْنِ) فلا يتجاوز ما عُيِّنَ لَهُ مِنْ نَوْعٍ ، أَوْ زَمَنٍ ، أَوْ مَحَلٍّ وَإِنْ اُنْحَصَرَتْ الْمَصْلَحَةُ فِي غَيْرِهِ كَالْوَكِيلِ ، وَإِنْ أَطْلُقَ لَهُ الْإِذْنَ .. تَصَرَّفَ فِيمَا شَاءَ . نَعَمْ ؛ لَا يَسَافِرُ ، وَلَا يَبِيعُ نَسِئَةً ،

- قوله : (تصرف) أي : إجماعاً ، قاله في « التحفة »^(١) .
- قوله : (بحسب الإذن) بفتح السين ؛ أي : بقدره ؛ لأن تصرفه مسفاد من الإذن فاقتصر على المأذون فيه ، ولا يشترط قبول الرقيق ، بل لا يؤثر رده كما بحثه في « التحفة »^(٢) .
- قوله : (فلا يتجاوز ما عين له) أي : للعبد .
- قوله : (من نوع أو زمن أو محل) قال (ع ش) : (وعليه : فلو نوى نفسه بما أذن له فيه السيد .. فهل يبطل لصرفه العقد عما أذن له فيه ، أو يصح لسيدته وتاغو نيته نفسه ؟ فيه نظر ، والظاهر : الثاني ؛ لأن اللفظ وافق ما أمر به ، وهو لا يملك عزله نفسه ، ومجرد النية لا يصلح للصرف ، والعقود تصان عن الإلغاء ما أمكن)^(٣) .
- قوله : (وإن انحصرت المصلحة في غيره) أي : غير ما عين له .
- قوله : (كالوكيل) أي : وعامل القراض ، ولأنه قد يحسن أن يتجرى شيء دون شيء .
- نعم ؛ يستفيد بالإذن له في التجارة ما هو من توابعها ؛ كنشر وطى ورد بعيب ، ومخاصمة في العهدة الناشئة عن المعاملة ، أما مخاصمة الغاصب والسارق ونحوهما . فلا كما صرح به الرافعي في عامل القراض ، وهذا مثله . « نهاية »^(٤) .
- قوله : (وإن أطلق له الإذن) أي : أطلق السيد للعبد إذنه في التصرف ؛ بأن لم ينص على شيء مما ذكر .
- قوله : (تصرف فيما شاء) أي : من الأنواع والأزمنة والبلدان ، لكن بحسب المصلحة ، قال في « التحفة » : (ولو دفع له مالاً .. تصرف في عينه وفي الذمة لا في أزيد منه إلا إن قال : اجعله رأس مال)^(٥) .
- قوله : (نعم ؛ لا يسافر) أي : بالمال إلا بإذن السيد .
- قوله : (ولا يبيع نسيئة) أي : بخلاف الشراء ، ولا بدون ثمن المنزل ، لكن محله كما بحثه

(١) تحفة المحتاج (٤٨٧/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٤٨٥/٤) .

(٣) حاشية الشبراملسي (١٧٥/٤) .

(٤) نهاية المحتاج (١٧٤/٤ - ١٧٥) .

(٥) تحفة المحتاج (٤٨٧/٤) .

ولا يتصرف في رقبته ومنفعته بنحو بيع وإجارة وإنفاق على نفسه من مال التجارة وإن أعتد ؛ لأنَّ اسم التجارة لا يتناول شيئاً من ذلك

بعضهم فيما لا يتغابن به ؛ كالوكيل ، على أنه قد يقال : ما يتغابن به لا يخرج عن كونه ثمن المثل .
قوله : (ولا يتصرف في رقبته ومنفعته) أي : العبد المأذون ، ولا يعزل نفسه ؛ لأن التصرف حق عليه لسيدته فلا يقدر على إبطاله ، بخلاف الوكيل ؛ إذ ليس عليه طاعة موكله والرقيق عليه طاعة سيده ، ولا ينزل بالإباق ؛ لأنه معصية فلا يوجب الحجر ، فله التصرف حتى بمحل الإباق إلا إذا خص الإذن بغيره .

قوله : (بنحو بيع وإجارة) أي : برهن ونكاح وإنكاح ، إلا إن تعلق حق ثالث بكسبه بسبب نكاح بإذن سيده أو ضمان بإذنه .. فيجوز له بل وغيره أن يؤجر نفسه من غير إذن السيد على الأصح ، وكذا يجوز للمأذون له في التجارة أن يؤجر مال التجارة من الثياب ونحوها وإن لم يكن من مسمى التجارة ؛ لأن الظاهر من حال السيد حيث أذن له أن غرضه الربح سواء كان بالتجارة أم بغيرها ، فجاز له ذلك ؛ تعويلاً على القرينة ، تأمل .

قوله : (وإنفاق على نفسه من مال التجارة) أي : إلا إن تعذرت مراجعة السيد على الأوجه .. فيراجع الحاكم إن سهل . بخلاف ما إذا شق فيما يظهر ، قاله في « التحفة »^(١) ، والمعتبر في المشقة العرف ، قال (ع ث) : (ومنه : غرامة شيء وإن قل فيشتري ما تمس حاجته إليه لا ما زاد عليه)^(٢) .

قوله : (وإن أعتد) أي : الإنفاق على نفسه من ذلك المال ، قال في « المغني » : (وقول ابن الرفعة : « لو غاب السيد .. فالوجه : الجواز للعرف المطرد به » : محمول على عدم وجدان حاكم يراجع في ذلك)^(٣) .

قوله : (لأن اسم التجارة لا يتناول شيئاً من ذلك) أي : من التصرف في رقبته وما بعده ، ولا يجوز له التبرع بالتصدق ولو بشيء من قوته على الأوجه .

نعم ؛ إن غلب على ضنه رضا السيد بذلك .. جاز ؛ خصوصاً التافه الذي لا يعود منه نفع على السيد ؛ كلقمة فضلت عن حاجته ، ومن عرف رقه .. لم يجز أن يعامله حتى يعلم الإذن بسماع سيده أو بينة أو شيوخ بين الناس ؛ حفظاً لماله ، وتحرزاً عن الوقوع في العقد الفاسد ، والمراد بـ (البيئة)

(١) تحفة المحتاج (٤٨٨/٤) .

(٢) حاشية الشيرازي (١١٦/٤) .

(٣) مغني المحتاج (١٣٠/٢) .

(وَلَا يَمْلِكُ الْقَنْ) غيرُ المَكاتبِ والمُبْعَضِ ولو مُدْبِرًا وأُمٌّ وَلِدِ (وَلَوْ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ) كَمَا لَا يَمْلِكُ بِالْإِرْثِ . أَمَّا المَكاتبُ والمُبْعَضُ .. فيملكان ؛

هنا : إخبار عدلين وإن لم يكن عند حاكم ، وكذا رجل وامرأتان كما في « التحفة » قال : (بل يتجه وفقاً للسبكي وغيره وكلام ابن الرفعة يقتضيه : الاكتفاء بواحد كما في الشفعة ؛ لأن المدار هنا على الظن وقد وجد ، ومن ثم لم يبعد الاكتفاء بفاسق اعتقد صدقه) انتهى ملخصاً^(١) .

قوله : (ولا يملك القن) بكسر القاف وتشديد النون ؛ أي : الرقيق الذي لم يتعلق به سبب العتق ، واستشكل عليه قوله الآتي : (ولو مدبراً...) إلخ ، وأجيب بأنه استعمل القن في مطلق الرقيق تجوزاً ، تأمل .

قوله : (غير المكاتب والمبعض) سيأتي محترزه .

قوله : (ولو مدبراً وأم ولد) أي : ومعلقاً عتقه بصفة .

قوله : (ولو بتملك سيده) هذا هو القول الجديد ؛ لأنه ليس أهلاً للملك ؛ لأنه مملوك فأشبهه البهيمة ، وفي القديم : أنه يملك بتملكه ؛ للخبر الصحيح : « من باع عدداً وله مال .. فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »^(٢) ، دل إضافة المال إليه على أنه يملك ، وأجيب بأن إضافته فيه للاختصاص لا للملك ؛ إذ لو كانت للملك .. لنافاه جعله لسيده .

قوله : (كما لا يملك بالإرث) تعليل لعدم ملكه ؛ ويستدل له بقوله تعالى : ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾ ، ولو قبل الرقيق ولو سفيهاً هبة أو وصية .. صح وإن ناه السيد ؛ لأنه اكتساب لا يعقب عوضاً كالاختطاب ، ودخل ذلك في ملك السيد قهراً .

نعم ؛ إن كان الموهوب أو الموصى به بعضاً للسيد تجب نفقته عليه حال القبول .. لم يصح القبول ؛ لقبول الولي لموليه ، ولذا قال في « البهجة » :

وصح أن يقبل ما قد أوصيا له به أو هبة واستثنيا
البعض للسيد مهما يجب إنفاقه في فوره كللصبي^(٣)

لتضرر سيده بالإنفاق .

قوله : (أما المكاتب والمبعض .. فيملكان) أي : بتملك أو اكتساب ، وظاهر : أن المبعض إنما يملك ببعضه الحر .

(١) تحفة المحتاج (٤/ ٤٩٠) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٩) ، ومسلم (٨٠/ ١٥٤٣) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٣) بهجة الحاوي (ص ٨٧) .

لكن يمتنع عليهما وطء مملوكيهما - ولو بإذن السيد - لضعف ملكيهما .

(فَضْل)

في السلم

هو : نوع من البيع ؛

قوله : (لكن يمتنع عليهما وطء مملوكيهما) أي : ولو من غير إنزال ، فتعبيره بالوطء أولى من تعبیر بعضهم بالتسري ؛ لأنه أخص منه لاعتبار الإنزال فيه ، بخلاف الوطء .

قوله : (ولو بإذن السيد) هذا هو الصحيح ، وبني الشيخان ذلك مع الإذن على القولين في تبرعه ، وهو مشعر لرجحان الجواز ؛ لأنه الصحيح في التبرع بالإذن ، لكن الصحيح : المنع كما ذكره في (باب الكتابة) وسوبه الأسنوي ونقله عن النص ، أفاده في « الأسنى »^(١) .

قوله : (لضعف ملكيهما) أي : المكاتب والمبعض ؛ تعليل لامتناعهما وطء مملوكيهما ، وعلل أيضاً في المكاتب بالخوف من هلاك الأمة بالطلق وفي المبعض بأن بعضه مملوك والوطء يقع بجميع بدنه لا ببعضه الحر فقط ، تأمل ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل : في السلم) أي : بيان أحكامه ، ويقال له : السلف ، والأصل فيه قبل الإجماع إلا ما شذ به بعض التابعين : آية الدين ؛ فقد فسرهما ابن عباس رضي الله تعالى عنهما بالسلم^(٢) ، والخبر الصحيح المتفق عليه : « من أسلف .. فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »^(٣) ، والقياس على الثمن ؛ فكما جاز أن يكون حالاً ومؤجلاً فكذلك المثلث ، ولأن فيه رفقا فإن أرباب الضياع قد يحتاجون لما ينفقونه على مصالحها فيستسلفون على الغلة ، وأرباب النقود ينتفعون بالرخص فحوز لذلك وإن كان فيه غرر ؛ كالأجارة على المنافع المعدومة ، تأمل .

قوله : (هو نوع من البيع) إذ هو بيع موصوف في الذمة ببذل يجب تعجيله بمجلس السلم أو نحوه ، هذا معناه شرعاً ، وأما لغة .. ففيل : الاستعجال ، وقيل : التقديم أو التأخير ، قيل : ليس لنا عقد يختص بصيغة واحدة إلا هذا والنكاح ، وأراد بواحدة مع كونها ثنتين هنا ؛ وهما : السلم ، والسلف ، وثم ؛ وهما : النكاح ، والتزويج : اتحاد المعنى لا اللفظ فهما من حيز الترادف .

(١) أسنى المطالب (١١٤ / ٢) .

(٢) أخرجه الطبري في « تفسير » ، (١٥٠ / ٣ / ٣) .

(٣) صحيح البخاري (٢٢٤٠) ، صحيح مسلم (١٦٠٤) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

فَلَذَا أَمْتَنَ مَنْ كَافِرٍ فِي نَحْوِ قِنِّ مُسْلِمٍ وَمُصْحَفٍ ، لَكِنَّهُ نَوْعٌ مَخْصُوصٌ ؛ فَلَذَا اشْتَرَطَ فِيهِ شُرُوطٌ زَائِدَةٌ عَلَى شُرُوطِ مَطْلُوقِ الْبَيْعِ السَّابِقَةِ إِلَّا الرُّؤْيَا . (وَ) مِنْ ثَمَّ لَا (يَصِحُّ السَّلَامُ فِيمَا يَصِحُّ فِيهِ الْبَيْعُ) إِلَّا (بِشُرُوطِ) أُخْرَى : (الْأَوَّلُ :)

قوله : (فلذا) أي : لأجل أن السلم نوع من أنواع البيع .

قوله : (امتنع من كافر) أي : السلم من شخص كافر ؛ أي : لا يصح على الأصح ، خلافاً للماوردي ومن تبعه .

قوله : (في نحو قن مسلم ومصحف) أي : من كل ما يمتنع على الكافر تملكه ؛ ككتب العلم وعدة الحرب في إسلام الحربي ، قيل : (وكذا لو كان المسلم مسلماً والمسلم إليه كافراً والعبد المسلم فيه المسلم غير حاصل عنده) انتهى^(١) ، ومفهومه : أن المسلم إذا أسلم للكافر في عبد مسلم . . صح ، لكن قال في « التحفة » : (الذي يتجه : عدم الصحة مطلقاً)^(٢) أي : سواء كان حاصلًا عند الكافر أم لا ؛ لندرة دخول العبد المسلم في ملك الكافر ، فأشبه السلم فيما يعز وجوده ولا يرد ما لو كان في ملكه مسلم ؛ لأن ما في الذمة لا ينحصر فيه ، ولا يجب دفعه عما فيها ، ويجوز تلفه قبل التسليم فلا يحصل به المقصود ، تدبر .

قوله : (لكنه نوع مخصوص) يعني : أخص من مطلق البيع .

قوله : (فلذا : اشترط فيه) أي : في السلم .

قوله : (شروط زائدة) هي ثمانية كما سيذكره المصنف .

قوله : (على شروط مطلق البيع السابقة) أي : في (كتاب البيوع) .

قوله : (إلا الرؤية) أي : فإنها لا تشترط هنا ، فيصح سلم الأعمى دون شرائه .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل اشتراط الشروط الزائدة .

قوله : (لا يصح السلم فيما يصح فيه البيع إلا بشروط أخرى) أي : ثمانية اختص بها السلم ،

فلذا : عقد لها هذا الفصل ، واعترض بأن بعضها للبيع أيضاً ؛ كالقدرة على التسليم والعلم ، وأما ما فيه من التفصيل بعينه . . فيجري في البيع الذمي كما هو ظاهر ، وأجيب بأن المراد بالسلم هنا : ما يشمل البيع الذمي ، فليتأمل^(٣) .

قوله : (الأول) أي : من الشروط الثمانية .

(١) انظر « الأنوار » (٣٨٨ / ١) .

(٢) تحفة المحتاج (٤ / ٥) .

(٣) انظر « حاشية الشرواني » (٤ / ٥) .

قَبْضُ رَأْسِ الْمَالِ (الْمَعْيَزِ ، أَوِ الَّذِي فِي الذِّمَّةِ (فِي الْمَجْلِسِ) أَي : مَجْلِسِ الْخِيَارِ وَإِنْ أَسْتَوْفَى الْمَقَابِلَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ غَرَرٍ فَلَا يُضْمُّ إِلَيْهِ غَرَرٌ آخَرُ . فَإِنْ قَبْضَ بَعْضُهُ

قوله : (قبض رأس المال) أي : الذي هو بمنزلة الثمن في البيع .

قوله : (المعين) أي : في العقد .

قوله : (أَوِ الَّذِي فِي الذِّمَّةِ) أي : كَأَسْلَمْتَ إِلَيْكَ دِينَارًا فِي ذِمَّتِي فِي كَذَا ثُمَّ عَيْنَ فِي الْمَجْلِسِ فَإِنَّهُ يَصَحُّ ، قَالَ فِي « التَّحْفَةِ » : (وَيَشْتَرَطُ فِيهِ بَيَانُ وَصْفِهِ وَعَدَدُهُ مَا لَمْ يَكُنْ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ الَّذِي مَرَّ فِي الْبَيْعِ تَنْزِيلُهُ عَلَيْهِ)^(١) أَي : وَهُوَ النَّقْدُ الْغَالِبُ فِي الْبَلَدِ .

قوله : (فِي الْمَجْلِسِ ؛ أَي : مَجْلِسِ الْخِيَارِ) يَعْنِي : الَّذِي وَقَعَ بِهِ الْعَقْدُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ مِنْهُ ، حَتَّى لَوْ قَامَا وَتَمَاشِيَا مَنَازِلَ حَتَّى حَصَلَ الْقَبْضُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ .. لَمْ يَضُرْ ، وَيَفْهَمُ مِنْ تَعْبِيرِ الْمُصَنِّفِ بِالْقَبْضِ : أَنَّهُ يَجُوزُ الْاسْتِبْدَادُ بِهِ ، وَهُوَ الْمَعْتَمَدُ ؛ لِأَنَّ بَابَ الرِّبَا أَضْيَقُ مِنْ هَذَا الْبَابِ وَقَدْ صَرَّحُوا فِيهِ بِجَوَازِ الْاسْتِبْدَادِ بِالْقَبْضِ فَهَذَا أَوْلَى ، فَتَعْبِيرُ بَعْضِهِمْ بِالتَّسْلِيمِ جَرِي عَلَى الْغَالِبِ .

قوله : (وَإِنْ أَسْتَوْفَى الْمَقَابِلَ فِيهِ) أَي : فِي الْمَجْلِسِ ، فَلَا يَغْنِي قَبْضُ الْمُسْلِمِ فِيهِ الْحَالُ فِي الْمَجْلِسِ عَنْ قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ ، قَالَ فِي « الْأَسْنَى » : (لِأَنَّ تَسْلِيمَهُ فِيهِ تَبَرُّعٌ وَالتَّبَرُّعُ لَا يَغْيِرُ مَقْتَضَى الْعَقْدِ)^(٢) ، قَالَ فِي « حَاشِيَتِهِ » : (مَرَادُهُ : أَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى اشْتِرَاطِ قَبْضِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَهُوَ لَيْسَ بِشَرَطٍ فَيُؤَدِّي إِلَى تَغْيِيرِ مَوْضُوعِ الْعَقْدِ فَيَبْطُلُ) تَأْمَلْ^(٣) .

قوله : (لِأَنَّهُ عَقْدُ غَرَرٍ) أَي : جُوزَ لِلْحَاجَةِ ، وَهَذَا تَعْلِيلٌ لِّلْمَتْنِ .

قوله : (فَلَا يُضْمُّ إِلَيْهِ غَرَرٌ آخَرٌ) أَي : وَهُوَ غَرَرُ التَّأْخِيرِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَأَخَّرَ .. لَكَانَ ذَلِكَ فِي مَعْنَى بَيْعِ الدِّينِ بِالْدِّينِ [إِنْ كَانَ] رَأْسَ الْمَالِ فِي الذِّمَّةِ ، وَمَرَّ حَدِيثٌ : « مِنْ أَسْلَفٍ .. فَلَيْسَ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ... » إلخ^(٤) ، قَالَ فِي « حَاشِيَةِ الرُّوضِ » : (وَالْأَسْلَفُ : التَّقْدِيمُ ، فَاقْتَضَى التَّعْجِيلَ ، وَلِأَنَّ السَّلَمَ مُشْتَقٌّ مِنْ اسْتِثْلَامِ رَأْسِ الْمَالِ ؛ أَي : تَعْجِيلِهِ ، وَأَسْمَاءُ الْعُقُودِ الْمَشْتَقَّةُ مِنَ الْمَعَانِي لَا يَدُ مِنْ تَحْقِيقِ تِلْكَ الْمَعَانِي [فِيهَا])^(٥) .

قوله : (فَإِنْ قَبْضَ بَعْضُهُ) أَي : بَعْضَ رَأْسِ الْمَالِ .

(١) تحفة المحتاج (٥/٥) .

(٢) أسنى المطالب (١٢٢/٢) .

(٣) حواشي الرملي على شرح لروض (١٢٢/٢) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٤٠) ، ومسلم (١٦٠٤) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٥) حواشي الرملي على شرح لروض (١٢٢/٢) .

صَحَّ فِيهِ بِقَسْطِهِ ، وَلِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ بَعْدَ قَبْضِهِ رَدُّهُ لِلْمُسْلِمِ وَلَوْ عَنْ دَيْنِهِ . وَلَا بُدَّ مِنَ الْقَبْضِ الْحَقِيقِيِّ إِلَّا
إِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ مَنْفَعَةً . . فَقَبْضُهَا بِقَبْضِ مُحَلِّهَا . (الثَّانِي :

قوله : (صح فيه بقسطه) أي : وبطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من المسلم فيه ؛ عملاً بتفريق
الصفقة ، قالوا : (كما لو اشترى شيئين فتلّف أحدهما قبل القبض)^(١) ، قال في « المغني » :
(فيؤخذ منه : ثبوت الخيار ؛ أي : للمسلم إليه ، وبه صرح في « الأنوار » وإن جزم السبكي
بخلافه)^(٢) ، وأما المسلم . . فلا خيار له ؛ لتقصيره بعدم إقباض الجميع ، بخلاف المسلم إليه
لا تقصير منه ، تأمل .

قوله : (وللمسلم إليه) أي : يجوز له .

قوله : (بعد قبضه) أي : رأس المال قبل التفرق .

قوله : (رده للمسلم) أي : وديعة ؛ لأنها لا تستدعي لزوم الملك .

قوله : (ولو عن دينه) لهذا هو المعتمد من تناقض فيه ؛ لأن تصرف أحد المتعاقدين في مدة
خيار الآخر إنما يمتنع إذا كان مع غير الآخر ؛ لأن صحته تقتضي إسقاط ما ثبت له من الخيار ، أما
معه . . فيصح ويكون ذلك إجازة منهما .

قوله : (ولا بد من القبض الحقيقي) أي : فلا يكفي عنه الإبراء ولا الحوالة به ، وعليه : فلو
أحال المسلم المسلم إليه برأس المال وتفرقا . . لم يصح السلم وإن وفاه المسلم ؛ لأن بالحوالة
يتحول الحق إلى ذمة المحال عليه فهو يؤديه عن جهة نفسه لا عن جهة المسلم ، وكذا إن جرت
الحوالة من المسلم إليه على رأس المال وتفرقا قبل التسليم وإن جعلنا الحوالة قبضاً .

قوله : (إلا إن كان رأس المال منفعة) أي : كأسلمت إليك منفعة هذا ، أو منفعة نفسي سنة ،
أو خدمتي شهراً ، أو تعليمي سورة كذا في كذا فإنه جائز ؛ كما يجوز جعلها ثمناً أو أجره أو صداقاً .
قوله : (فقبضها) أي : المنفعة .

قوله : (بقبض محلها) أي : الحاضر ، ومضي زمن يمكن فيه الوصول للغائب ، وتخليتها في
المجلس ؛ لأن القبض فيها بذلك ؛ إذ القبض الحقيقي لما تعذر . . اكتفي بهذا لكونه الممكن في
قبض المنفعة ، وما استثنى من ذلك أن الحر لو سلم نفسه ثم أخرجها من التسليم بطل ؛ لأنه
لا يدخل تحت اليد . . مردود بأنه يتعذر إخراجها لنفسه كما في الإجارة ، تدبر .

قوله : (الثاني) أي : من الشروط الثمانية .

(١) الشرح الكبير (٣٩١/٤) ، روضة الطالبين (٣/٤) .

(٢) مغني المحتاج (١٣٤/٢) .

كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ فِي الدَّيْنَةِ (حَالاً كَانَ أَوْ مُؤَجَّلاً ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي وُضِعَ لَهُ لَفْظُ السَّلَمِ . فَإِنْ قَالَ : أَسَلَمْتُ إِلَيْكَ أَلْفًا فِي هَذَا ، أَوْ هَذَا فِي هَذَا . . لَيْسَ سَلَمًا ؛ لِإِنْتِفَاءِ شَرْطِهِ ، وَلَا بَيْعًا ؛ لِإِخْتِلَالِ لَفْظِهِ ،

قوله : (كون المسلم فيه في الدئمة) أي : ديناً في الدئمة .

قوله : (حالاً كان أو مؤجلاً) أي : فيصح السلم مع التصريح بكونه حالاً إن وجد المسلم فيه حينئذ ، وإلا . . تعين المؤجل ، وبكونه مؤجلاً إجماعاً فيه ، وقياساً أولوياً في الحال ، لأنه أقل غرراً ، وإنما تعين الأجل في الكتابة ؛ لعدم قدرة القن عندها على شيء ، فلو أطلق السلم . . فهو حال كالثمن في البيع المطلق ، ولو ألحقا به أجلاً ثم أسقطاه في المجلس . . سقط ، أو حذفاً فيه المفسد . . لم ينحذف فلا يتقلب العقد صحيحاً كما مر .

قوله : (لأنه) أي : كون المسلم فيه في الدئمة ، فهو تعليل للمتن .

قوله : (الذي وضع له لفظ السلم) أي : كما علم من حده المتقدم ، فإطلاق شرطية ما ذكر مع دخوله في حقيقة السلم إطلاق له على ما لا بد منه ؛ فإن الفقهاء كثيراً ما يريدون بالشرط ذلك فيتناول حينئذ جزء الشيء ، وبه يندفع ما قيل : إن عد ذلك من الشروط . . مشكل ؛ لأن الشرط لا بد وأن يكون خارجاً عن المشروط ، تدبر .

قوله : (فإن قال) أي : المسلم ، تفريع على المتن .

قوله : (أسلمت إليك ألفاً) أي : في ذمتي .

قوله : (في هذا) أي : العبد مثلاً ، هذا هو المسلم فيه .

قوله : (أو هذا في هذا) أي : أو قال : أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد مثلاً ، قال الجمل : (فمدار البطلان على تعيين المسلم فيه سواء كان رأس المال معيناً أم لا)^(١) .

قوله : (ليس سَلَمًا) أي : بلا خلاف .

قوله : (لانتفاء شرطه) أي : بانتفاء الدينية .

قوله : (ولا بيعاً) أي : وليس بيعاً في الأظهر ، قال (ع ش) : (وعليه : فمتى وضع يده عليه . . ضمنه ضمان المغصوب ، ولا عبرة بإذنه له في قبضه ؛ لأنه ليس إذناً شرعياً ، بل هو لاغ) فليتأمل^(٢) .

قوله : (لاختلال لفظه) أي : لأن لفظ السلم يقتضي الدينية ، وهذا جري على القاعدة الأغلبية من ترجيح اعتبار اللفظ ، وقد يرجحون المعنى إذا قوي ؛ كترجيحهم في الهبة بثواب معلوم انعقادها

(١) فتوحات الروهاب (٣/٢٧٧) .

(٢) حاشية الشبرايملي (٤/١٨٨) .

وأشتريت منك ثوباً صفته كذا بهنذه الدرهم ، أو بعشرة في ذمتي .. بيع عند الشَّيْخَيْنِ ؛ نظراً
لِللَّفْظِ ،

بيعاً ، والضابط الجامع لذلك كما قاله بعض المحققين أن يقال : إن اللفظ إن كان متهافتاً بحيث
يناقض آخره أوله ؛ كبعت بلا ثمن .. لم ينعقد بيعاً قطعاً ولا هبة على الأصح ، وكذا لو لم يكن
متهافتاً ، لكن كان اللفظ قد اشتهر استعماله في معنى خاص ، فإذا نقل إلى غيره .. لم ينعقد ، فلم
ينظر إلى المعنى على الأصح كالذي نحن فيه ؛ لاشتغال لفظ السلم في بيع الزم ، وإن لم يكن
كذلك لكن المعنى أرجح .. فالأصح : اعتباره ؛ كالهبة ذات الثواب فإنها بيع في الأصح نظراً إلى
المعنى ، وإن لم يكن المعنى أرجح .. فالأصح : اعتبار الصيغة ؛ لأنها الأصل والمعنى تابع لها ؛
كما في قوله : واشتريت الآتي على الأثر ، تدبر^(١) .

قوله : (واشتريت منك ثوباً) أي : وقول الشخص : اشتريت ... إلخ ، فهو مبتدأ على تقدير
القول أو لقصد لفظه ، خبره قوله : (بيع) .

قوله : (صفته كذا) لو زاد بعده : تؤديه وقت كذا .. لم يضر ؛ لأن البيع في الذمة يكون حالاً
ومؤجلاً ، قاله في « الفتح »^(٢) .

قوله : (بهنذه الدرهم أو بعشرة في ذمتي) أي : فالخلاف جار فيما لو كانت في الذمة أيضاً ،
وتقييد « المنهاج » المسألة بالدرهم المعينة ليس بشرط كما نبه عليه في « المغني »^(٣) .

قوله : (بيع عند الشَّيْخَيْنِ) هذا هو الأصح في « أصل الروضة » ، وصححه البغوي وغيره ،
ولم يصرح في « الشرحين » هنا بترجيح ، قاله في « المغني »^(٤) .

قوله : (نظراً للفظ) أي : لمقتضاه والمعنى تابع له ، قال الجمل عن شيخه : (وينبغي عليه أنه
تصح الحوالة به وعليه ، ولا يشترط قبض الثمن في المجلس وإن كان يشترط تعيينه فيه ، ويصح
الاستبدال عنه ويدخله خيار الشرط ، وأما على الضعيف .. فلا يجري فيه واحد من هذه الأربعة)
انتهى^(٥) ، وفي « التحفة » وغيرها نحوه^(٦) .

(١) انظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (١٢٤/٢) .

(٢) فتح الجواد (٤٣٥/١) .

(٣) مغني المحتاج (١٣٧/٢) .

(٤) مغني المحتاج (١٣٦/٢) .

(٥) فتوحات الوهاب (٢٢٦/٣) .

(٦) تحفة المحتاج (٩٨/٥) .

وقال كثيرون : سَلِمَ ؛ نظراً للمعنى . (الثَّالِثُ : بَيَانُ مَحَلِّ التَّسْلِيمِ إِنْ كَانَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مُؤَجَّلًا ، أَوْ لِحْمَلِهِ مُؤَنَّةً ، أَوْ كَانَ الْمَوْضِعُ) الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الْعَقْدُ

قوله : (وقال كثيرون) أي : منهم : الجرجاني والرويانى وابن الصباغ ، بل نقله الشيخ أبو حامد عن النص والعراقيين ، قال الأسنوي : (فلتكن الفتوى عليه)^(١) .

قوله : (سلم نظراً للمعنى) أي : واللفظ لا يعارضه ؛ لأن كل سلم بيع ، كما أن كل صرف بيع فإطلاق البيع على السلم إطلاق له على ما يتناوله ، قال في « شرح المنهج » : (التحقيق : أنه بيع نظراً للفظ سلم نظراً للمعنى ، فلا منافاة بين النص وغيره ، لكن الأحكام تابعة للمعنى الموافق للنص . . .) إلخ^(٢) ، ومر أنهم يرجحون المعنى إذا قوي ، وهو هنا : كونهم اشترطوا فيه شروطاً ورتبوا عليه أحكاماً تناسب رعاية المعنى ؛ كمنعهم الاستبدال عن رأس المال كما مر عن الجمل ، ثم محل الخلاف : إذا لم يذكر بعده لفظ السلم ، وإلا ؛ كأن قال : (بعتك سلماً أو اشتريت منك . . . إلخ سلماً) . . كان سلماً اتفاقاً ؛ لاستواء اللفظ والمعنى حينئذ .

قوله : (الثالث) أي : من الشروط الثمانية .

قوله : (بيان محل التسليم) بفتح الحاء ؛ أي : مكان التسليم للمسلم فيه ، فإن لم يبيناه . . بطل العقد .

قوله : (إن كان المسلم فيه مؤجلاً) أي : بخلاف الحال فلا يشترط فيه التعيين كالبيع ، لكن قال ابن الرفعة : (لهذا إذا كان موضع العقد صالحاً للتسليم ، وإلا . . فالظاهر : أنه يشترط التعيين ، وهو ظاهر كلام الأئمة)^(٣) ، قال في « النهاية » : (وجزم به غيره ؛ لأن من شرط الصحة القدرة على التسليم وهو حال وقد عجز عنه في الحال ، وحينئذ : فلا فرق بين الحال والمؤجل إذا لم يكن الموضع صالحاً في اشتراط التعيين) تأمل^(٤) .

قوله : (أو لحمله مؤنة) أي : أو لم يكن المسلم فيه مؤجلاً ، ولكن لحمله من المحل الذي يطلب تحصيله منه إلى محل العقد مؤنة ، قال في « التحفة » : (أي : عرفاً كما هو واضح)^(٥) .

قوله : (أو كان الموضع الذي وقع فيه العقد) أي : عقد السلم حالاً أو مؤجلاً .

(١) المهمات (٢٨٩/٥) .

(٢) فتح الوهاب (١٨٦/١) .

(٣) كفاية النبيه (٣٥٣/٩) .

(٤) نهاية المحتاج (١٩٠/٤) .

(٥) تحفة المحتاج (٩/٥) .

(لَا يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ كَالْمَفَازَةِ) لتفاوت الأغراض فيما يُراد من الأمانة - حيثُ ، فإن لم يكن لحمله مؤنة ، وكان العقد بمحل يصلح للتسليم . . لم يشترط ذلك ، وتعين محل العقد للتسليم ؛ للعرف .

قوله : (لا يصلح للتسليم) أي : بأن كان خراباً أو مخوفاً .

قوله : (كالمفازة) تمثيل للموضع الذي لا يصلح للتسليم فيه .

قوله : (لتفاوت الأغراض) تعليل لاشتراط بيان محل التسليم في ذلك .

قوله : (فيما يراد من الأمانة) متعلق بالأغراض و (من الأمانة) بيان لـ (ما) .

قوله : (حيثُ) أي : حين إذ كان لحمله مؤنة . . إلخ ، ويكفي في تعيينه أن يقول : تسلمه لي في بلدة كذا إلا أن تكون كبيرة ؛ كبغداد والبصرة ، ويكفي إحضاره في أولها ، ولا يكلف إحضاره إلى منزله .

قوله : (فإن لم يكن لحمله مؤنة) محترز قول المتن : (أو لحمله مؤنة) .

قوله : (وكان العقد بمحل يصلح للتسليم) أي : والسلم حال أو مؤجل .

قوله : (لم يشترط ذلك) أي : بيان محل التسليم ، والحاصل : أن لصور ثمانية ، بيانها : أنه إن لم يصلح الموضع . . وجب البيان مطلقاً ؛ أي : سواء كان السلم حالاً أو مؤجلاً ، وعلى كل : للحمل مؤنة أو لا ، فهذه أربع صور يجب البيان فيها ، وإن صلح . . ففيها^(١) أربع صور أيضاً ، يجب البيان في صورة ، وهي : كون السلم مؤجلاً وللحمل مؤنة دون الثلاث الباقية ، كون السلم حالاً للحمل مؤنة أو لا ، وكونه مؤجلاً ولا مؤنة للحمل ، تأمل .

قوله : (وتعين محل العقد للتسليم) المراد بـ (محل العقد) : تلك المحلة لا ذلك المحل بعينه ، فإن عينا غيره . . تعين ، بخلاف المبيع المعين ؛ لأن السلم لما قبل التأجيل . . قبل شرطاً يقتضي تأخير التسليم ، ولو خرج المعين للتسليم عن الصلاحية . . تعين أقرب محل صالح له ولو أبعد منه بلا أجر على الأوجه ؛ لأنه من تنمة التسليم الواجب ، ولا خيار للمسلم ، ولا يجاب المسلم إليه لو طلب الفسخ ورد رأس المال ولو لفك رهن وخلص ضامن على المعتمد .

قوله : (للعرف) تعليل لتعين محل العقد للتسليم ، والثمن في الذمة كالمسلم فيه ، والثمن المعين كالمبيع المعين ، قال المتولي : (كل عوض ملتزم في الذمة - أي : غير مؤجل من نحو أجره وصداد وعوض خلع - له حكم السلم [الحال] إن عين لتسليمه مكان تعين ، وإلا . . تعين موضع العقد ؛ لأن كل عوض ملتزم في الذمة يقبل التأجيل كالمسلم فيه) فيقبل شرطاً يتضمن تأخير التسليم كما مر .

(١) في الأصل : (وإن صلح ولحمه مؤنة . . ففيها) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(الرَّابِعُ : أَلْعَلِمُ) أَي : عَلِمُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ (بِالْأَجَلِ إِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا) لِلخَبَرِ الصَّحِيحِ ، فَلَا يَصَحُّ بِالْمَجْهُولِ ؛ كَالْحَصَادِ أَوْ الشَّتَاءِ أَوْ الْعَطَاءِ وَلَمْ يُرِيدَا وَقْتُهَا الْمَعِينِ ، بِخِلَافِ إِلَى الرَّبِيعِ أَوْ أَوَّلِهِ ، وَيَنْصَرَفُ لِأَوَّلِ الرَّبِيعَيْنِ ،

قوله : (الرابع) أي : من الشروط الثمانية .

قوله : (العلم ؛ أي : علم المتعاقدين) أي : أو عدلين غيرهما أو عدد التواتر ولو من كفار كما قاله ابن الصباغ وغيره .

قوله : (بالأجل إن كان مؤجلاً) أي : بأن يكون الأجل معلوماً مضبوطاً ، قاله في «المغني»^(١) .

قوله : (للخبر الصحيح) أي : وهو ما مر في أول الفصل .

قوله : (فلا يصح بالمجهول) أي : الأجل المجهول .

قوله : (كالحصاد أو الشتاء أو العطاء) أي : أو طلوع الشمس أو قدوم الحاج أو الميسرة ، قال في «الأسنى» : (وما روي من أنه صلى الله تعالى عليه وسلم اشترى من يهودي إلى ميسرته . . فمحمول إن صح على زمن معلوم عندهم)^(٢) ، قال في «حاشيته» : (ولفظ النسائي : «أنه صلى الله تعالى عليه وسلم بعث إلى يهودي أن ابعث إلي بثوبين إلى الميسرة»^(٣) ففيه جواب ، وهو : أنه لم يعقد ، بل استدعى ، ولهذا لم يصف الثوبين ، فإذا عقد . . عقد بشروطه (تأمل)^(٤) .

قوله : (ولم يريدوا وقتها المعين) أي : فلو أرادوا وقتها المعين . . صح .

قوله : (بخلاف إلى الربيع) أي : أو إلى الجمعة فإنه يصح ويحل الأجل بأول جزء منه ؛ لتحقق الاسم به ، وربما يقال : بانتهاء صفر وبانتهاء ليلة الجمعة ، وهما بمعنى كما ذكره النووي^(٥) .

قوله : (أو أوله) أي : أو إلى أول الربيع أو آخره فإنه يصح على ما بحثه الإمام والبخاري واعتمده المتأخرون ، بل قال السبكي : إنه الصحيح الذي يدل له نصه في «البويطي» مع أن منقول الشيخين عن الأصحاب أذ ، لا يصح ؛ لوقوع ذلك على جميع نصفه الأول^(٦) .

قوله : (وينصرف لأول الربيعين) أي : فيحل بأول جزء منه ؛ لتحقق الاسم به كما قررته

(١) مغني المحتاج (١٣٨/٢) .

(٢) أسنى المطالب (١٢٥/٢) ، والحديث أخرجه الترمذي (١٢١٣) ، والنسائي في «المجتبى» (٢٩٤/٧) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٣) المجتبى (٢٩٤/٧) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٤) حواشي الرمي على شرح الروض (١٢٥/٢) .

(٥) روضة الطالبين (١٠/٤) .

(٦) انظر «أسنى المطالب» (١٢٦/٢) .

وإِلَىٰ نَحْوِ فَصْحِ النَّصَارِيِّ إِنْ عَلِمَهُ الْعَاقِدَانِ . وَإِنَّمَا اشْتَرَطَ فِي أَوْصَافِ السَّلَمِ وَنَحْوِ الْمَكْيَالِ مَعْرِفَتُهُمَا مَعَ عَدْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْجَهَالَهَ هُنَا رَاجِعَةٌ إِلَى الْأَجْلِ ، وَثَمٌّ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ يُحْتَاطُ لَهُ أَكْثَرُ . وَتَنْصَرَفُ الْأَشْهُرُ لِلْهَلَالِيَّةِ

فيما مر ، قال في « التحفة » : (ومن ثم : لو كان العقد بعد الأول وقبل الثاني .. حمل عليه ؛ لتعينه)^(١) ، قال (ع ش) : (لعل المراد بالبعدية في الربيعين وجماديين : أن العقد وقع في أثناء ربيع الأول أو جمادى الأولى وقال : إلى ربيع أو جمادى ؛ فيحمل على أول الثاني ، وإلا .. فلا يتصور حمله على أول ربيع الثاني إذا ورد العقد بعد انسلاخ الأول ، فليتأمل) وهو ظاهر^(٢) .

قوله : (وإِلَىٰ نَحْوِ فَصْحِ النَّصَارِيِّ) بكسر الفاء ؛ أي : فطرهم ؛ وهو الذي يأكلون فيه اللحم بعد الصيام ، ودخل في الـ (نحو) : النيروز والمهرجان وفطير اليهود ؛ وذلك لأنها معلومة كشهور العرب .

قوله : (إِنْ عَلِمَهُ الْعَاقِدَانِ) أي : وإن لم يعلمه غيرهما ، أو علمه عدلان غيرهما بخلاف ما إذا اختص الكفار بمعرفتها ؛ إذ لا يعتمد قولهم ، قال ابن الصباغ : (إلا أن يبلغوا عدداً يمتنع تواطؤهم على الكذب) انتهى ، وقد أشرت إليه فيما مر .

قوله : (وَإِنَّمَا اشْتَرَطَ ...) إلخ ، هذا جواب عن سؤال مقدر ناشئ من قوله : (إِنْ عَلِمَهُ الْعَاقِدَانِ) .

قوله : (مَعْرِفَتُهُمَا مَعَ عَدْلَيْنِ) أي : آخرين كما سيأتي في الثامن .

قوله : (لِأَنَّ الْجَهَالَهَ هُنَا رَاجِعَةٌ إِلَى الْأَجْلِ) أي : وهو تابع فاحتمل فيه ما لا يحتمل في الأوصاف .

قوله : (وَثَمٌ) أي : والجهالة في الأوصاف .

قوله : (لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ) أي : راجعة إلى المعقود عليه ؛ وهو المسلم فيه .

قوله : (وَهُوَ يُحْتَاطُ لَهُ أَكْثَرُ) أي : من الاحتياط في الأجل لكونه تابعاً غير مقصود ، وهذا الفرق نقلوه عن الرافعي ، قال الأذري : ولا طمأنينة له^(٣) .

قوله : (وَتَنْصَرَفُ الْأَشْهُرُ) أي : إذا أطلقت .

قوله : (لِلْهَلَالِيَّةِ) أي : لا غيرها ؛ لأنها عرف الشرع ، قال تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ ۚ

(١) تحفة المحتاج (١٢/٥) .

(٢) حاشية الشيرازي (١٩٢/٤) .

(٣) انظر « حواشي الرمي على شرح الروض » (١٢٥/٢) .

إِلَّا إِنْ وَقَعَ الْعَقْدُ أَثْنَاءَ الشَّهْرِ . . . فَيُكْمَلُ الْمُنْكَسَرُ ثَلَاثِينَ . (الْخَامِسُ : أَنْ يَكُونَ مَقْدُوراً عَلَى تَسْلِيمِهِ عِنْدَ حُلُولِهِ) فِي الْمُؤَجَّلِ . وَوَقْتُ الْعَقْدِ فِي الْحَالِّ ، فَلَا يَصُحُّ فِي مَنْقَطِعِ عِنْدَهُ كَالرُّطْبِ فِي الشَّتَاءِ ،

قَدْ هِيَ مَوَاقِيتُ النَّاسِ وَالْحَيَّ ، قال الأذرعى : (هذا ظاهر في بلاد العرب ، وكذا غيرها إذا كان الأغلب عندهم التأجيل به ، أما لو كان ببلاد الفرس أو الروم أو غيرها ممن الغالب عندهم التأجيل بشهورهم . . فيجب تنزيل إطلاقهم عليها ، فإن استوى الأمران . . وجب التنصيص . . ثم ذكر عن شريح الروياني ما يوافقه واستحسنه) .

قوله : (إلا إن وقع العقد أثناء الشهر) أي : وكان التأجيل بالشهور .

قوله : (فيكمل المنكسر ثلاثين) أي : فيحسب الباقي بعد الأول المنكسر بالأهلة وتتم الأول ثلاثين مما بعدها ، ولا يلغى المنكسر ؛ لثلاثين تأخر ابتداء الأجل عن العقد .

نعم ؛ لو عقدا في يوم أو ليلة آخر الشهر . . اكتفي بالأشهر بعده بالأهلة وإن نقص بعضها ، ولا يتمم الأول مما بعدها ؛ لأنها مضت عربية كوامل ، هذا إن نقص الشهر الأخير ، وإلا . . لم يشترط انسلاخه ، بل يتمم منه المنكسر ثلاثين يوماً ؛ لتعذر اعتبار الهلال فيه حينئذ . « تحفة »^(١) .

قوله : (الخامس) أي : من الشروط الثمانية .

قوله : (أن يكون مقدوراً على تسليمه) أي : المسلم فيه من غير مشقة كبيرة بالنسبة لغالب الناس في تحصيله إلى مريض التسليم ، وهذا الشرط لا يختص بالسلم بل يعم كل بيع ، وإنما صرحوا به هنا مع الاستغناء عنه بما مر في البيع ؛ لأن المقصود بيان محل القدرة ؛ وهو حالة وجوب التسليم ؛ فتارة تقترن بالعقد لكون السلم حالاً ، وتارة تتأخر عنه لكونه مؤجلاً ، بخلاف البيع للمعين فإن المعتبر اقتران القدرة فيه بالعقد ، ويأتي في تعبيره بالتسليم ما مر ثم ، فلا تغفل .

قوله : (عند حلوله في المؤجل) أي : حال حلول الأجل في السلم المؤجل وإن لم يقدر عليه عند العقد .

قوله : (ووقت العقد في الحال) أي : السلم الحال .

قوله : (فلا يصح) أي : السلم .

قوله : (في منقطع عنده) أي : عند الحلول أو وقت العقد .

قوله : (كالرطب في الشتاء) أي : في أكثر البلاد ؛ لأنه معجوز عن تسليمه ، قال في

« التحفة » : (وكذا لو ظن حصوله عند الوجوب لكن بمشقة عظيمة ؛ كقدر كثير من الباكورة)^(٢)

(١) تحفة المحتاج (١٢/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (١٣/٥) .

بخلاف غير المنقطع وإن كان مجلوباً . (السَّادِسُ : أَنْ يَكُونَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مَعْرُوفَ الْمِقْدَارِ بِالْوِزْنِ)
 فِي كُلِّ شَيْءٍ (أَوْ بِهِ أَوْ الْكِيلِ)

أي : وهي أول الفاكهة فإنه لا يصح ، وعليه : فلو تبين أنه كثير في نفس الأمر . . فيحتمل الصحة
 اكتفاء بما في نفس الأمر ؛ لأنه المعتبر في العقود ، ويحتمل عدم الصحة ؛ لفقد الشرط ظاهراً ،
 ويؤيد هذا قولهم : ما وقع فاسداً لا ينقلب صحيحاً ، فليراجع .

قوله : (بخلاف غير المنقطع) أي : عند وجوب التسليم فإنه يصح . فلو أسلم فيه فانقطع عند
 المحل . . خير على التراخي بين الفسخ والصبر حتى يوجد فيطالب به ، ولو علم قبل المحل انقطاعه
 عنده . . فلا خيار له قبله ، ولا يفسخ ؛ إذ لم يدخل وقت التسليم .

قوله : (وإن كان مجلوباً) أي : بأن يجلب ولو من فوق مسافة القصر وقت الحلول إلى محل
 التسليم عادة للمعاملة وإن لم يجلب لمحل العقد ؛ لأنه حينئذ مقدور عليه ، بخلاف ما إذا لم
 يجلب ، أو كان [ما] يجلب منه قليلاً لا يفي بالمسلم فيه ، أو كثيراً نادراً أو غالباً لا للمعاملة ؛ لعزّة
 وجوده حينئذ ، واختلف فيما لو بيع بأكثر من ثمن المثل . . فاعتمد الرملي : أنه لا يجب على
 المسلم إليه تحصيله ؛ قياساً على الغاصب بل أولى^(١) ، واعتمد الشارح اوجوب ، وفرق بينه وبين
 الغاصب بأنه التزم التحصيل بالعقد باختياره وقبض البدل فالزيادة في مقابلة ما حصل له من نماء
 ما قبضه بخلاف الغاصب ، وأيضاً : فالسلم عقد وضع للريح فلزم المسلم إليه تحصيل هذا الغرض
 الموضوع له العقد ؛ وإلا . . لانتفت فائدته ، والغصب باب تعد ، والممانلة مطلوبة بنص : ﴿ يَمْتَلِ
 مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ انتهى ، فليتأمل^(٢) .

قوله : (السادس) أي : من الشروط الثمانية .

قوله : (أن يكون المسلم فيه معروف المقدار) أي : للعاقدين ولو إجمالاً ؛ كمعرفة الأعمى
 الأوصاف بالسمع ، ولعدلين ، ولا بد من معرفتهما الصفات بالتعيين ؛ لأن الغرض منهما الرجوع
 إليهما عند التنازع ، ولا تحصل تلك الفائدة إلا بمعرفتهما [تفصيلاً] ، كذا قاله في « القوت » ، وهو
 حسن متعين . (ع ش)^(٣) .

قوله : (بالوزن في كل شيء) أي : من موزون ومذروع ومعدود ومكيل .

قوله : (أو به أو الكيل) : قال في « المغني » : (فإن قيل : لم لا ينعين هنا في المكيل الكيل

(١) نهاية المحتاج (٤/١٩٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٥/١٤-١٥) .

(٣) حاشية الشيرازي (٤/١٩٤) .

لا بهما معاً ، في كلِّ صغيرٍ الْجَزْمِ - وهو ما لا يتجافى في المكيالِ كَالْجَوْزِ - وإن لم يُعْتَدِ الْكِيلُ فيه ،
بِخلافٍ ما هوَ أَكْبَرُ جِرمًا مِنَ التَّمْرِ ؛ كَبَيْضِ دِجاجةٍ ،

وفي الموزون الوزن كما في « باب الربا » ؟ أجيب بأن المقصود هنا معرفة القدر وثم المماثلة بعادة
عهده صلى الله تعالى عليه وسلم ^(١) .

قوله : (لا بهما معاً) أي : الوزن والكيل ، فلو أسلم في مئة صاع بر مثلاً على أن وزنها كذا .
لم يصح ؛ لأن ذلك يعز وجوده .

قوله : (في كل صغير الجرم) أي : مما يعد الكيل فيه ضابطاً ؛ كصغار اللؤلؤ الذي يعم
وجوده ، قال في « التحفة » : (أما ما لا يعد ضابطاً فيه ؛ لعظم خطره ؛ كفتات المسك والعنبر .
فيتعين وزنه ؛ لأن ليسيره المختلف بالكيل والوزن مالية كثيرة ، بخلاف اللآلئ الصغار ؛ لقلة
تفاوتها ، فإن فرض . . . فهو يسير جداً) ^(٢) .

قوله : (وهو ما لا يتجافى في المكيال) أي : ولا يلتصق به .

قوله : (كالجوز) أي : وإن اختلفت قشوره غلظاً ورقة غالباً كما نص عليه ، ورجحه النووي
في « شرح الوسيط » وصوبه الأسنوي ^(٣) ، خلافاً لـ « المنهاج » وغيره من التقيد بما إذا لم
يختلف ^(٤) ، قال في « النهاية » : (لسهولة الأمر فيه ، ومن ثم لم يشترطوا في الربا فهذا أولى ؛ إذ
الربا أضيّق مما هنا ، وقد سوا ما في « شرح الوسيط » لأنه تتبع فيه كلام الأصحاب لا مختصره ، بل
 قيل : إنه آخر مؤلفاته) ^(٥) .

قوله : (وإن لم يعتد الكيل فيه) أي : فيما لا يتجافى في المكيال ، أو الضمير راجع للجوز ،
والمآل واحد ، قال في « التحفة » : (وألحق به بعضهم البن المعروف الآن ، وهو واضح ، بل
الوجه : صحته في لبه وحده ؛ لأنه لا يسرع فساد إليه بنزع قشره عنه كما قال أهل الخبرة) ^(٦) .
قوله : (بخلاف ما هو أكبر جرمًا من التمر) أي : من كل ما لا يضبطه الكيل لتجافيه في
المكيال .

قوله : (كبيض دجاجة) أي : لا نحو حمام .

(١) مغني المحتاج (١٤٠ / ٢) .

(٢) تحفة المحتاج (١٥ / ٥) .

(٣) المهمات (٢٩٨ / ٥) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٢٣٧) .

(٥) نهاية المحتاج (١٩٧ / ٤) .

(٦) تحفة المحتاج (١٧ / ٥) .

وَيُقُولُ ، وَقَصَبَ ؛ فَإِنَّهُ موزونٌ لا غَيْرَ . (أَوْ الذَّرْعُ) فِي الْمَذْرُوعِ كَالثِيَابِ (أَوْ الْعَدِّ) فِي الْمَعْدُودِ كَاللِّبَنِ . وَيَجُوزُ جَمْعُ أَلْوَزِنِ وَالذَّرْعِ فِي الْخَشَبِ ؛ لِأَنَّ زَائِدَهُ يُنَحْتُ . وَأَلْوَزِنِ وَالذَّرْعِ فِي نَحْوِ الثِّيَابِ ، وَأَلْوَزِنِ وَالْعَدِّ إِنْ أُريدَ أَلْوَزْنُ التَّقْرِيبيُّ ، أَوْ كَانَ ذَلِكَ

قوله : (وبقول وقصب) أي : قصب السكر .

قوله : (فإنه موزون لا غير) أي : فلا يكفي في ذلك كيل ولا عد ؛ لكثرة تفاوتها ، وفارق البيع بأن العمدة فيه المعاينة .

قوله : (أو الذرع في المذروع ؛ كالثياب) أي : والبسط والخشب .

قوله : (أو العد في المعدود ؛ كاللبن) بكسر الباء : وهو الطوب غير المحرق ؛ للخبر السابق مع قياس ما ليس فيه على ما فيه ، فإن قيل : لم خص في الحديث الكيل والوزن ؟ أجيب بأن ذلك لغلبتهما وللتنبية على غيرهما ، ويجمع في اللبن بين العد والوزن ندباً ، فيقول مثلاً : عشر لبنات زنة كل واحدة كذا ؛ لأنها تضرب بالاختيار فلا تفضي إلى عزة الوجود^(١) ووزنه تقريب والواجب فيه العد ، ويشترط أن يذكر طول كل وعرضه وثخافته ، وأنه من طين كذا ، وألاً يعجن بنجس ، ويصح السلم في الآخر [الذي] كمل نضجه ، وفي خزف إن انضبط .

قوله : (ويجوز جمع الوزن والذرع في الخشب) أي : كما نقله الشيخان عن الشيخ أبي حامد وأقره ؛ كأن يقول : وزنها مئة وطولها وعرضها كذا^(٢) .

قوله : (لأن زائده ينحت) يعني : أنه إذا زاد . . أمكن نحته ، واستشكل بأنه يعتبر ذكر طوله وعرضه وثخنه وبالنحت يزول إحدى هذه الصفات ، قال الزركشي : (وجوابه : أن الوزن على التقريب فلا تزول هذه الصفات) فليتأمل .

قوله : (والوزن والذرع في نحو الثياب) أي : يجوز جمع الوزن والذرع في الثياب والبسط ؛ لأنها منسوجة بالاختيار .

قوله : (والوزن والعد) أي : ويجوز جمعهما في نحو البطيخ والبيض .

قوله : (إن أريد الوزن التقريبي) أي : لا التحديدي ؛ لأنه يحتاج معه إلى ذكر الحجم وذلك يورث عزة الوجود ، وعلى الأول يحمل ما نقل عن النص من الجواز .
قوله : (أو كان ذلك) أي : جمع الوزن والعد .

(١) في الأصل : (تفضي إلى عزة الوجود) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) الشرح الكبير (٤٠٥/٤) ، روضة الطالبين (١٤/٤) .

في عددٍ يسير لا يتعدّر تحصيله عليه . ويمتنع السلم في نحو بطيخة أو بيضة ؛ لأنه يحتاج للذكر حجمها مع وزنها ؛ وذلك يورث عِزّة الوجود . (السابع : أن يكون معلوم الأوصاف التي لا يتسامح بتركها) لانضباطها وغلبة قصدِها عرفاً ، فكل وصف اختلف به الغرض

قوله : (في عدد يسير لا يتعدّر تحصيله عليه) أي : المسلم إليه ، قال في « التحفة » : (وما علم وزنه بالاستفاضة كالتدّيكفي فيه العد عند العقد لا الاستيفاء ، بل لا بد من وزنه حينئذ ليتحقق الإيفاء ، وقول الجرجاني : « لا يسلم في التقدين إلا وزناً » : يحمل على ما لم يعرف وزنه)^(١) ، زاد « النهاية » : (بل لعل كلامه مفروض في إرادة منع السلم فيه كلاً)^(٢) .

قوله : (ويمتنع السلم) أي : كما قاله الرافعي وأقروه^(٣) .

قوله : (في نحو بطيخة أو بيضة) أي : واحدة ؛ كسفرجلة واحدة .

قوله : (لأنه يحتاج للذكر حجمها مع وزنها) أي : البطيخة ونحوها .

قوله : (وذلك يورث عِزّة الوجود) أي : قلته والسلم فيما يعز وجوده ممتنع .

نعم ؛ إن أراد الوزن التقريبي ؛ كأن يقول في بطيخة : حجمها كذا ووزنها كذا تقريباً . . صح كما بحثناه في « التحفة » و« النهاية » لاتفاء عِزّة الوجود ، وكذا يقال فيما لو جمع في ثوب بين ذرعه ووزنه ، فإذا قيد الوزن بالتقريبي أو أطلقه وقلنا : يحمل على التقريبي . . صح ، وإلا . . فلا^(٤) .

قوله : (السابع) أي : من الشروط الثمانية .

قوله : (أن يكون) أي : المسلم فيه .

قوله : (معلوم الأوصاف التي لا يتسامح بتركها) أي : فإن لم تعلم . . لم يصح السلم ؛ لأن البيع لا يحتمل جهل المعقود عليه وهو عين ، فلأن لا يحتمل وهو دين أولى ، بخلاف ما يتسامح بتركه ؛ كالكحل والسمن فلا يشترط ذكره ، لكن لو شرطه . . وجب العمل به كما قاله (ع ش)^(٥) .

قوله : (لانضباطها وغلبة قصدِها) أي : الأوصاف في جنس ذلك المسلم فيه .

قوله : (عرفاً) أي : فالمعتبر في الصفات العرف .

قوله : (فكل وصف اختلف به الغرض) مبتدأ خبره قوله الآتي : (وجب ذكره) .

(١) تحفة المحتاج (١٥/٥) .

(٢) نهاية المحتاج (١٩٦/٤) .

(٣) الشرح الكبير (٤٠٦/٤) .

(٤) تحفة المحتاج (١٦/٥) ، نهاية المحتاج (١٩٦/٤-١٩٧) .

(٥) حاشية الشيرازي (١٩٩/٤) .

اختلافاً ظاهراً ، أو غلبَ في الجنسِ قصدهُ من حيثِ القيمةُ ولم يكنْ فضيلةً يدلُّ الأصلُ على عديمها ؛ كالكتابة ، وزيادة القوة .. وجبَ ذكرُهُ ؛ وإلاَّ .. أدَّى إلى جهالة المعقود عليه . (فإذا أسلمَ في الرقيق .. يذكُرُ نوعه) ولا يحتاجُ مع ذكره إلى ذكر الجنس . (وصنفه) إن اختلف ، ..

قوله : (اختلافاً ظاهراً) أي : بحيث لا يتسامح بإهماله .

قوله : (أو غلبَ في الجنس قصده من حيث القيمة) أي : كالطول والنصر والثبوة والبكارة .

قوله : (ولم يكن فضيلة يدل الأصل) أي : والعرف .

قوله : (على عديمها) أي : الفضيلة ، بل الأصل والعرف يدلان على وجودها .

قوله : (كالكتابة وزيادة القوة) أي : على العمل في الرقيق ، وهذا تمثيل لما الأصل عديمه فلا يجب ذكره ، واعتراض باشتراط ذكر البكارة أو الثبوة مع أن الأصل عدم الثبوة ، وأجيب بأنه لما غلب وجودها .. صارت بمنزلة ما الأصل وجوده ، فلا بد من ذكره إذا اختلف الغرض ، وكل من الثبوة والبكارة يختلف به الغرض ، تأمل .

قوله : (وجب ذكره) أي : الوصف المذكور في العقد مقترباً به ؛ يتميز المعقود عليه ، فلا يكفي ذكره قبله ولا بعده ولو في مجلس العقد .

نعم ؛ إن توافقا قبل العقد وقالوا : أردنا في حالة العقد ما كنا اتفقنا عليه .. صح كما قاله الأسنوي ، وهو نظير من له بنات وقال لآخر : زوجتك بنتي ونويا معينة .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يذكر الوصف في العقد .

قوله : (أدَّى إلى جهالة المعقود عليه) أي : وهو المسلم فيه ، بخلاف ذكر ذلك فإنه مقرب من المعاينة ولا يخرج عن الجهل به إلا بذلك .

قوله : (فإذا أسلم في الرقيق) هذا شروع في تفصيل ما أجمله أولاً بنوله : (معلوم الأوصاف التي لا يتسامح بتركها) ، فهو تفصيل للصفات التي تذكر في العقد ، ويلزم أن النوع من الصفات ، أفاده في « الجمل »^(١) .

قوله : (يذكر نوعه) أي : كتركي ورومي وحبشي .

قوله : (ولا يحتاج مع ذكره) أي : النوع .

قوله : (إلى ذكر الجنس) أي : لأنه أعم من النوع .

قوله : (وصنفه إن اختلف) أي : بخلاف ما إذا لم يختلف ، وكذا اللون ؛ كأبيض وأسود مع

كخطائي، أو رومي مع أوله : تركي . (وَذُكُورَتُهُ ، وَأُنُوثَتُهُ ، وَسِنَّتُهُ) ويتعين فيه التَّقْرِبُ ، فإن حَدَدَهُ

صفته ؛ بأن يكون بياضه بسمرة أو شقرة وسواده بصفاء أو كدرة ، فإن لم يختلف ؛ كزنجي . . لم يذكره .

قوله : (كخطائي أو رومي) تمثيل للصنف .

قوله : (مع قوله : تركي) هذا تمثيل للنوع ؛ فالخطائي والرومي صنفان من التركي ، قال السيد عمر : (كأنه باعتبار العرف في نحو مصر ؛ لشمول التركي للرومي وإلا . . ففي « أصل الروضة » جعل الرومي صنفاً مقابلاً للتركي ، ومثل الأذري لقسمي التركي بالخطائي والمغلي) ، ثم المراد بالنوع والصنف الجنس معناها اللغوي ؛ وهو كل ما فيه عموم وخصوص بالنسبة لغيره ، تأمل .

قوله : (وذكورته وأنوثته) أي : إحداهما ، فالواو في هذا ونحوه من كل ضدين مما يأتي بمعنى (أو) ، فلا يصح السلم في الخثنى ؛ لعزّة وجوده ، وإن اتضح بالذكرّة مثلاً . . فلا يجب قبوله ؛ لأن اجتماع الآتين يقلل الرغبة ويورث نقصاً في خلخته .

قوله : (وسنه) أي : كابن ست أو محتلم ، ويظهر : أن المراد : احتلامه بالفعل إن تقدم على الخمسة عشر ، وإلا . . ففي وإن لم ير منياً فلا يقبل ما زاد عليها ؛ لأن الصغر مقصود في الرقيق ، ولا ما نقص عنها ولم يحتلم ؛ لأنه لم يوجد وصف الاحتلام الذي نص عليه ، ولا نظر لدخول وقته بتسع ؛ لأنه مجاز ولا قرينة .

فإن قلت : نزلوا منزلة البالغ ابن عشر في الضرب على ترك نحو الصلاة وابن نحو ثلاث عشرة سنة في الاحتجاب منه . . فلم لم يقل بذلك هنا ؟ قلت : لأن هنا شرطاً لفظياً ؛ وهو المحتلم ، وهو لا ينصرف عند الإطلاق إلا إلى حقيقته ؛ وهي الاحتلام [بالفعل] أو بلوغ خمسة عشر فلم يعدل لغيرها ، وفي ذينك المعتبر المعنى ، فقضوا به في كل باب بما يناسبه ، فتأمله ليندفع به ما لشارح هنا . انتهى « تحفة »^(١) .

قوله : (ويتعين فيه التقريب) أي : اتفاقاً ، قال في « حاشية الروض » : (ليس لنا ما هو تقريب بلا خلاف سواه ، في معناه الوكالة بشرائه أو الوصية)^(٢) .

قوله : (فإن حدده) أي : السن .

(١) تحفة المحتاج (٢٣/٥) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (١٣١/٢) .

كأبن سبع سنين من غير زيادة ولا نقص . . بطل ؛ لندرته . (وَقَدَّه) أي : طولُه ، أو قِصرَه ، أو كونه رُبْعَةً كسْتَه أَشْبَارٍ . وَالْأَوْجَه : أَنَّهُ تَقْرِيْبِيٌّ أَيْضاً

قوله : (كابن سبع سنين من غير زيادة ولا نقص) أي : كأن شرط كونه ابن سبع . . إلخ .
قوله : (بطل ؛ لندرته) أي : إذ لا وثوق بتسليمه ، وظاهر كلامهم : أنه لا يصح ذلك وإن كان السلم حالاً والمسلم فيه موجوداً عند المسلم إليه ، وهو كذلك ؛ لأن العبرة بما من شأنه لا بالنظر لفرد خاص ، على أن هذا الذي عنده قد يتلفه قبل أدائه فيعود التنازع المسبب عنه اشتراط عدم الندرة ، تأمل .

قوله : (وقده) بفتح القاف ؛ أي : قامته ؛ أي : الرقيق ، قال في « الفتح » : (ولا يشترط في سائر الحيوانات كما نقل الرافعي الاتفاق عليه ، خلافاً لما وقع للمصنف لتسامح الناس بإهماله غالباً ؛ كالدعج .

نعم ؛ القصر على خلاف العادة عيب) انتهى^(١) ، واعتمد الرملي الاشتراط أيضاً فيها ؛ لأن ما يرفعه هذا في أثمانها أكثر مما يختلف أثمان الحنطة بصغر الحبات وكبرها ، قال : وما نقله الرافعي عن اتفاق الأصحاب يحمل على كون ذلك في بلد لا يختلف بذكره وعدمه غرض صحيح^(٢) .

قوله : (أي : طولُه أو قصره أو كونه رُبْعَةً) بفتح الراء وسكون الباء : فيذكر واحداً منها ؛ لاختلاف الغرض بها .

قوله : (كسْتَه أَشْبَارٍ) أي : كأن يقول : طولُه ستة أشبار أو خمسة ، قال الشافعي : يقول : خماسي أو سداسي ، فقل : أراد به خمسة أشبار أو ستة ، وقيل : أراد خمس سنين أو ستاً ، وقال الجوهري : يقال : غلام رباعي أو خماسي ، ولا يقال : سباعي ؛ لأنه إذا بلغ سبعة أشبار . . صار رجلاً . « أسنى »^(٣) .

قوله : (والأوجه : أنه تقريبي أيضاً) أي : كالسن والوصف ، ولم يذكر الشيخان وغيرهما التقريب إلا بالنسبة إلى السن خاصة .

نعم ؛ عبارة « المنهاج » : (وكله على التقريب)^(٤) ، قال ابن النقيب : (وما قاله حسن إن

(١) فتح الجواد (٤٤٠ / ١) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٠٧ / ٤) .

(٣) أسنى المطالب (١٣١ / ٢) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٢٣٨) .

(وَثُيُوبَةُ الْجَارِيَةِ وَبِكَارَتْهَا) لِاخْتِلَافِ الْغَرَضِ بِهِمَا اخْتِلَافاً ظَاهِراً . (وَفِي التَّمْرِ وَغَيْرِهِ مِنْ الْخُبُوبِ .. يَذْكُرُ لَوْنَهُ ، وَنَوْعَهُ ، وَبَلَدَهُ ، وَصِغَرَ الْحَبَّةِ وَكِبَرَهَا ، وَعُتْقَهُ وَحَدَائِثَهُ ،

ساعده عليه نقل)^(١) ، ونال الأذرعى : (ما اقتضته عبارة « المنهاج » من أن كل ذلك على التقريب لم أره صريحاً ، والظاهر : أن الأمر كما قال ، وإنما خصوا السن بذلك ؛ لثلا يظن أن المراد حقيقة التحديد فغيره أولى بأن يكن على التقريب) .

قوله : (وثيوبه الجارية وبكارتها) أي : أحدهما لا سائر الأوصاف التي تؤدي إلى عزة الوجود ، فلا يشترط وصف كل عضو على حياله بأوصافه المقصودة وإن تفاوت به الغرض والقيمة .
قوله : (لاختلاف الغرض بهما) أي : بالثيوبه والبكارة ؛ لتلليل لجوب ذكرهما .

قوله : (اختلافاً ظاهراً) أي : بحيث لا يتسامح الناس بذلك ، بخلاف نحو الكحل والدعج فإنهم يتسامحون بإهماله غالباً ، قال في « التحفة » : (ويصح شرط كونه زائناً أو سارقاً مثلاً لا كونه مغنياً أو عواداً أو قواداً مثلاً ، والفرق : أن هذه مع حظرها تستدعي طبعاً قابلاً وصناعة دقيقة فيعز وجودها مع الصفات المعترية ، بخلاف الأول) تأمل^(٢) .

قوله : (وفي التمر وغيره من الحبوب) عطف على (في الرقيق) .

قوله : (يذكر لونه) أي : كأبيض أو أحمر .

قوله : (ونوعه) أي : كمعقلي أو برني .

قوله : (وبلده) أي : كبصري ومدني .

قوله : (وصغر الحبة وكبرها) أي : أحدهما ؛ لأن صغير الحب أقوى وأشد ، قال السبكي : (وعادة الناس اليوم لا يذكرون اللون ولا صغر الحبات وكبرها ، وهي عادة فاسدة مخالفة لنص الشافعي والأصحاب ، فيبغى أن ينبه عليها) ، قال في « التحفة » : (لا يصح - أي : السلم - في أرز في قشرته ؛ إذ لا يعرف حينئذ لونه وصغر حبه وكبرها ؛ لاختلاف قشره خفة ورزانة ، وإنما صح بيعه فيه ؛ لأنه يعتمد المشاهدة ، والسلم يعتمد الصفات ، ومن ثم : صح بيع نحو المعجونات دون السلم فيها)^(٣) .

قوله : (وعتقه وحدائته) أي : أحدهما ، والعتق بضم العين وفتحها ، قيل : وكسرها ؛ لاختلاف الغرض بذلك ، ويستحب أن يبين عتق عام أو عامين أو نحو ذلك ، فإن أطلق .. فالنص :

(١) السراج (١٥٩/٣) .

(٢) تحفة المحتاج (١٩/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٧/٥) .

وَكَوْنُهُ مَسْقِيًّا أَوْ غَيْرَهُ) وَيُقَاسُ بِذَلِكَ بَاقِي الْأَجْنَاسِ الْمَصْرَحِ بِهَا فِي الْمَطْوَلَاتِ ، وَالْمَدَارُ إِنَّمَا هُوَ عَلَى الضَّابِطِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . (الثَّامِنُ : مَعْرِفَةُ الْمُتَعَاقِدِينَ الصِّفَاتِ مَعَ عَدْلَيْنِ آخَرَيْنِ) لِيُرْجَعَ إِلَيْهِمَا عِنْدَ التَّنَازُعِ ،

الجواز ، وينزل على مسمى العتق ، ويبين أن الجفاف على النخل أو بعد انجذاذ ؛ فإن الأول أبقي ، والثاني أصفى .

قوله : (وكونه مسقياً أو غيره) لم أره في غيره ، فليراجع .

قوله : (ويقاس بذلك) أي : الرقيق والتمر .

قوله : (باقي الأجناس المصرح بها في المطولات) أي : فيذكر في العسل أنه جبلي أو بلدي صيفي أو خريفي أبيض أو أصفر قوي أو رقيق ، لا العتق أو الحداثة ؛ لأنه لا يتغير أبداً ، بل كل شيء يحفظ [به] ، ويذكر في الثوب جنسه ونوعه وبلده وطوله وعرضه وغلظه وصفاقته ونعومته أو ضدها ، ويذكر في لحم غير صيد نوعه وأنه ذكر أو خصي رضيع معلوف جذع أو ضدها .

قوله : (والمدار) أي : فيما يجب ذكره هنا .

قوله : (إنما هو على الضابط الذي ذكرناه) أي : في قولنا : (فكل وصف يختلف به الغرض اختلافاً ظاهراً...) إلخ .

قوله : (الثامن) أي : وهو آخر الشروط .

قوله : (معرفة المتعاقدين) أي : المسلم والمسلم إليه .

قوله : (الصفات) أي : المتعلقة بالمسلم فيه ، فخرج قولهما : « مثل هذا ، بخلاف ما لو أسلم إليه في ثوب مثلاً ووصفه ثم قال : أسلمت إليك في ثوب آخر بتلك الصفة . » فإنه يجوز إن كانا ذاكين لتلك الصفات ، والفرق : أن الأول فيه إشارة إلى العين وهي لا تعتمد الوصف . انتهى « تحفة »^(١) .

قوله : (مع عدلين آخرين) أي : في الأصح كما في « المنهاج »^(٢) . وقيل : لا يشترط معرفة غير المتعاقدين كالأجل ، لكن مر الفرق بينهما ، فراجع .

قوله : (ليرجع إليهما عند التنازع) تعليل لاشتراط معرفة عدلين آخرين لها ، قال في « التحفة » : (ومن لازم معرفة من ذكر لها ذكرها في العقد بلغة يعرفها الماقدان وعدلان)^(٣) أي :

(١) تحفة المحتاج (١٨/٥ - ١٩) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٢٣٩) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٠/٥) .

وليس المراد معرفة عدلين معيّنين ، بل لا بُدَّ أَنْ يُوجَدَا أَبَدًا فِي الْبَلَدِ مِمَّنْ يَعْرِفُ ذَلِكَ عَدْلَانِ فَأَكْثَرُ ؛ فَإِنَّ الْمُعَيَّنِينَ إِذَا اخْتَصَّ بِالْمَعْرِفَةِ . . قَدْ يَتَعَذَّرَانِ عِنْدَ الْمَحِلِّ . (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُسْتَبَدَّلَ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَالْمَبِيعِ) فِي الْأَذْمَةِ الَّذِي عُقِدَ بِغَيْرِ لَفْظِ السَّلَامِ (غَيْرُ نَوْعِهِ) وَلَوْ مِنْ جَنْسِهِ

إذ لا يتصور معرفة اللغة من حيث مدلولها مع جهل الصفات .

قوله : (وليس المراد) أي : من قولهم : مع معرفة عدلين آخرين .

قوله : (معرفة عدلين معيّنين) أي : لا يعرف ذلك غيرهما .

قوله : (بل لا بد أن يوجد أبداً) أي : في الغالب ؛ بأن يوجد في غالب الأزمنة .

قوله : (في البلد) أي : في محل التسليم فما فوقه إلى مسافة العدو ؛ لأن من تعين عليه أداء الشهادة . . لا تجب عليه الإجابة إلا من المحل المذكور كالتحمل لها ، بل بالأولى^(١) . جمل عن الحلبي^(٢) .

قوله : (ممن يعرف ذلك) أي : الصفات المشترطة .

قوله : (عدلان فأكثر) مر عن الأذرعى : أنه لا بد من معرفتهما ذلك عن معاينة وإحاطة ، بخلاف معرفة العاقلين تكفي المعرفة الإجمالية .

قوله : (فإن المعيّنين إذا اختصا بالمعرفة) أي : لصفات المسلم فيه ، وهذا بمنزلة التعليل لقوله : (وليس المراد . .) إلخ .

قوله : (قد يتعذران عند المحل) بكسر الحاء ؛ وذلك لاحتمال أن يموتا أو أحدهما أو يغيبا عند المحل فتتعذر معرفته .

قوله : (ولا يجوز أن يستبدل عن المسلم فيه) أي : ولا يصح كما في « المنهاج »^(٣) ، فلو عبر به . . لكان أولى ؛ لأنه يلزم من عدم الصحة عدم الجواز من غير عكس .

قوله : (والمبيع في الذمة . .) إلخ ؛ أي : فمن اقتصر على المسلم فيه . . لأن الكلام فيه ، أو جرى على قول كثيرين : إنه سلم ؛ نظراً للمعنى .

قوله : (غير نوعه) بالرفع : نيابة عن الفاعل ، ويجوز نصبه ببناء (يستبدل) للفاعل وجعل الفاعل ضميراً يعود على (لمسلم) .

قوله : (ولو من جنس) أي : ومن باب أولى غير جنسه ؛ كبر عن شعير ، قال في « التحفة » :

(١) في الأصل : (بالأول) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) فتوحات الوهاب (٣٨/٣) .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٢٣٩) .

(كَتَمَرُ عَنْ رُطَبٍ) ومعقليّ عَنْ بَزْنِيّ ، وحنطة سمرَاء عَنْ بِيضَاء ، ومسقيّ بماء سماء عَنْ مسقيّ بماء أرضي، وَقِنْ تَرْكِي عَنْ هِنْدِيّ وبالعكوس؛ لعموم الأخبار . (وَيَجُوزُ) أَنْ يَسْتَدِلَّ (بِأَزْدًا مِنْ الْمَشْرُوطِ)

(جعلوا اختلاف النوع هنا كاختلاف الجنس - أي : حتى منعوا أخذ أحد النوعين عن الآخر - وفي الربا كاتفاهه - أي : حتى اشترطت المماثلة - ولعله للاحتياط فيهما ؛ أما ث . . فواضح ، وأما هنا . . فلأن فيه غرراً وهو يكثر مع اختلاف النوع دون الصفة)^(١) .

قوله : (كتمر عن رطب . . .) إلخ ، أمثلة للاستبدال عن النوع بنوع آخر .

قوله : (ومسقي بماء سماء عن مسقي بماء أرض) أي : عين ومسني بماء السماء عن مسقي بماء الوادي على ما نقله الريمي واعتمده هو وغيره ، ونظر فيه بأن ماء الوادي إن كان من عين . . فقد مر ، أو من مطر . . فهو ماء السماء أيضاً ، إلا أن يعلم اختلاف ما ينبت منه اختلافاً ظاهراً . . فلا يتوجه النظر ، وإن فرض الاختلاف . . فلعله لجواز أن تأثير المطر النازل على الزرع يخالف تأثير ما اجتمع في الوادي منه ثم سقي به الزرع ؛ لتكيف المجتمع في الوادي بصفة أرضه فتحصل له حالة تخالف ما نزل من السماء على الزرع بلا مخالطة لشيء . (ع ش)^(٢) .

قوله : (وبالعكوس) أي : رطب عن تمر ، وبرني عن معقلي ، وحنطة بيضاء عن سمراء . . . وهكذا .

قوله : (لعموم الأخبار) دليل لعدم جواز الاستبدال عن المسلم فيه . وروى الدارقطني : « من أسلف في شيء . . فلا يأخذ إلا ما أسلف فيه أو رأس ماله »^(٣) ، ومن ذلك كما في « التحفة » و« النهاية » : ما لو أسلم لآخر ثوباً في دراهم فأسلم الآخر إليه ثوباً في دراهم واستويا صفة وحلولاً . . فلا يقع تقاض على المنقول المعتمد ؛ لأنه كالاكتياض عن المسلم فيه ؛ أي : فكأنه اعتاض ما كان في ذمته للآخر عما كان في ذمة الآخر له ، وهو ممتنع ، قالوا : والحيلة فيه : أن يفسخا السلم ؛ بأن يتقايلا فيه ثم يعتاض عن رأس المال^(٤) ، قال بعضهم : (فيه : أن هذه الحيلة لم تغد الاستبدال عن المسلم فيه الذي الكلام فيه ، بل عن رأس المال إلا أن يجاب باتحاد الفائدة فبهما) تأمل^(٥) .

قوله : (ويجوز أن يستبدل بأزداً من المشروط) أي : لأنه من جنس حقه ، وبحث في

(١) تحفة المحتاج (٣١/٥) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٢١٤/٤) .

(٣) سنن الدارقطني (٤٥/٣) عن سيدنا أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٤) تحفة المحتاج (٣١/٥) ، نهاية المحتاج (٢١٤/٤) .

(٥) انظر « حاشية الشرواني » (٣١/٥) .

إِذَا اتَّحَدَا فِي النَّوعِ وَاخْتَلَفَا (فِي الصِّفَةِ) لَكِنْ (إِنْ رَضِيَ) الْمُسْتَحَقُّ ؛ لِأَنَّهُ مَسَامَحَةٌ بِمَجْرَدِ صِفَةٍ ، فَإِنْ لَمْ يَرْضَ . . . لَمْ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ وَإِنْ كَانَ أَجُودَ مِنْ وَجْهِ آخَرَ ؛ لِتَضَرُّرِهِ بِهِ .

« الفتح » : أنه لو شرط أردأ أو رديئاً ولم يبين نوعاً ولا عيباً . . صح ؛ حملاً له على الجهة الصحيحة^(١) ؛ لأن كلاً من الرداءة أو الأردئية إنما يتبادر من حيث النوع ، وأما كونه من حيث العيب أو الصفة . . فأمر غير متبادر إليه ؛ إذ الناس يفرون من العيب ما أمكن ، فلم يضر إلا إن تعرض له ، بخلاف ما إذا سكت عنه ؛ حملاً له على الجهة الصحيحة المتبادرة .

قوله : (إذا اتحدا في النوع واختلفا في الصفة) أي : بخلاف ما إذا اختلف النوع ؛ لأنه اعتياض ، وهو ممتنع في المسلم فيه كما مر .

قوله : (لكن إن رضي المستحق) أي : المسلم .

قوله : (لأنه مسامحة بمجرد صفة) تعليل لجواز الاستبدال بالأردأ من المشروط ، قال في « الأسنى » : (كما يجوز دفع الأجود لذلك)^(٢) .

قوله : (فإن لم يرض) أي : المستحق بالأردأ .

قوله : (لم يلزمه قبوله) أي : الأردأ .

قوله : (وإن كان أجود من وجه آخر) لعل الغاية للتعميم .

قوله : (لتضرره به) أي : بالأردأ مع أنه ليس حقه ، بخلاف ما لو أداه أجود من المشروط . .

فإنه يجب قبوله ، قال في « البهجة » : [من الرجز]

ثُمَّ إِذَا أَجُودَ مِنْهُ أَدَى فَوَاجِبَ قَبُولِهِ لَا الْأَرْدَأَ^(٣)

وذلك لأن الامتناع من قبوله الأجود عناد ، ولإشعار بذله بأنه لم يجد سبيلاً إلى براءة ذمته بغيره وذلك يهون أمر المنة ، ولأن الجودة لا يمكن فصلها فهي تابعة ، بخلاف ما لو أسلم إليه في خشبة عشرة أذرع فجاء بها أحد عشر ذراعاً . . لا يجب عليه قبولها .

نعم ؛ إن ضره قبول الأجود ككونه زوجه أو بعضه . . لم يلزمه القبول أيضاً ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) فتح الجواد (١ / ٤٤٢) .

(٢) أسنى المطالب (٢ / ١٣٩) .

(٣) بهجة الحاوي (ص ٩٠) .

(فَصْلٌ)

في الْقَرْضِ

وَهُوَ : تَمْلِكُ شَيْءً بِرَدِّ بَدْلِهِ ، وَأَصْلُهُ : الْقُرْبَةُ ، وَفِي حَدِيثٍ أَنَّهُ أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ ،

قوله : (فصل : في القرض) بفتح القاف أشهر من كسرهما ، ومعناه في اللغة : القطع ، ويطلق اسماً بمعنى الشيء المقرض ، ومصدراً بمعنى الإقراض ، وإنما عبر بالقرض دون الإقراض ؛ لأن المذكور في الفصل لا يختص بالإقراض ، بل أغلب أحكامه الآتية في انشيء المقرض ، فلو عبر بالإقراض لكانت الترجمة قاصرة ، ولشبهه بالسلم في الضابط الآتي في المتن جعله عقبه ، بل هو نوع منه ؛ إذ كل منهما يسمى سلفاً ، تأمل .

قوله : (وهو) أي : القرض بالمعنى المصدري الذي هو الإقراض .

قوله : (تملك شيء برد بدله) أي : على أن يرد بدله ، وفي « الغرر » : (وحقيقته : إثبات مال في الذمة بمثله - أي : ولو الصوري في المتقوم - بلفظ القرض أو نحوه)^(١) ، وسمي بذلك ؛ لأن المقرض يقطع للمقترض قطعة من ماله .

قوله : (وأصله : القرية) أي : لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْعَلُوا الْخَيْرَ ﴾ ، وقوله : ﴿ مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا ﴾ ، وفي « صحيح مسلم » : « من نفس عن أخيه كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه »^(٢) ، والقرية كما قاله القفال : ما كان معظم المقصود منه رجاء الثواب من الله تعالى ، قال شيخ الإسلام : (العبادة : ما تعبد به بشرط النية ومعرفة المعبود ، ويقال : تعظيم الله تعالى ، قال : القرية : ما تقرب به بشرط معرفة المتقرب إليه ، وهي تحصل بدون العبادة في القرب التي لا تحتاج إلى نية ؛ كالعتق والوقف)^(٣) .

قوله : (وفي حديث : أنه أفضل من الصدقة) أي : رواه البيهقي عن أنس رضي الله تعالى عنه مرفوعاً بلفظ : « قرض الشيء خير من صدقته »^(٤) ، وروى ابن ماجه عن أنس رضي الله تعالى عنه : أنه صلى الله تعالى عليه وسلم قال : « رأيت مكتوباً على باب الجنة ليلة أسري بي : الصدقة بعشرة أمثالها ، والقرض بثمانية عشر ، فقلت : يا جبريل ؛ ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟

(١) الغرر البهية (١٨٠ / ٥) .

(٢) صحيح مسلم (٢٦٩٩) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) الأضواء البهجة (ص ٢٣) .

(٤) السنن الكبرى (٣٥٤ / ٥) .

وفي آخر عكسه ، وجمعت بينهما في « شرح الإرشاد الكبير » . وقد يحرم إن غلب على ظنه صرف المقرض لما يأخذه في حرم ،

قال : لأن السائل قد يسأل وعنده ، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة ^(١) تفرد به خالد بن يزيد ^(٢) الشامي ، وهو ضعيف عند الأكثرين .

قال في « النهاية » : (ووجه ذكر الثمانية عشر في الخبر : أن درهم القرض فيه تنفيس كربة وإنظار إلى قضاء حاجته ورده ، ففيه عبادتان ، فكان بمنزلة درهمين وهما بعشرين حسنة ، فالتضعيف ثمانية عشر وهو الباقي فقط ؛ لأن المقرض يسترد ، ومن ثم : لو أبرأ منه . . كان له عشرون ثواب الأصل والمضاعفة) ^(٣) .

قوله : (وفي آخر عكسه) أي : أن الصدقة أفضل من القرض رواه ابن حبان في « صحيحه » عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه مرفوعاً بلفظ : « من أقرض الله مرتين . . كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق به » ^(٤) .

قوله : (وجمعت بينهما) أي : بين الحديثين ؛ دفعاً للتعارض بينهما .

قوله : (في « شرح الإرشاد الكبير ») أي : « الإمداد » ولكن ليس بيدي ، وجمع في « النهاية » برد الخبر الأول للثاني بحمله على درجات صغيرة ؛ بحيث إن الثمانية عشر فيه تقابل بخمسة في الصدقة ؛ كما في خبر صلاة الجماعة ، أو بحمل الزيادة في القرض إن صحت على أنه صلى الله تعالى عليه وسلم علمها بعد ، أو يقال : للمقرض فضل الصدقة باعتبار الابتداء ؛ لامتيازها عنها بصونه ماء وجه من له يعتد السؤال عن بذله لكل أحد بخلافها ، وهي فضلتها باعتبار الغاية ؛ لامتيازها عنه بأنه لا مقابل فيها ولا بدل بخلافه ، وعند تقابل الخصوصيتين قد تترجح الأولى ، وقد تترجح الثانية باعتبار الأثر ، تدبر ^(٥) .

قوله : (وقد يحرم) أي : القرض بالمعنى المذكور ، وهذا مرتبط بقوله : (وأصله القرية) ، وعبارة غيره : (ومحل ندبه . .) إلخ .

قوله : (إن غلب على ظنه صرف المقرض لما يأخذه في حرام) أي : لأنه حينئذ إعانة على

(١) سنن ابن ماجه (٢٤٣١) .

(٢) في الأصل : (يزيد بن خال) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) نهاية المحتاج (٢٢٠/٤ - ٢٢١) .

(٤) صحيح ابن حبان (٥٠٤٠) .

(٥) نهاية المحتاج (٢٢٠/٤) .

ويجوزُ لمضطرٍ مطلقاً ، وكذا لغيره بشرطِ أَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ وفاؤُهُ مِنْ جِهَةٍ لَهُ ظاهرةٌ ، أو عِلْمُ المقرضُ بحالِهِ ، فَإِنْ اُتْنَفَى كُلُّ مِنْ هَٰذَيْنِ . . حَرُمَ ، وَكَانَ مِنْ أَكْلِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ

معصية وهي حرام ، وبحسب السيد عمر أن محل النذب أيضاً حيث لم يعلم أو يظن أنه إنما يوفيه من حرام أو شبهة ومال المقرض خلا عنها ، أو الشبهة فيه أخف منها في مال المقرض ، قال : وإلا . . فواضح : أنه لا يندب حينئذ ، وإنما يبقى النظر في حكمه حينئذ ، فيحتل أن يقال بالحرمة إذا علم أنه إنما يوفيه بالحرام وأن نفسه لا تسامح بالترك ؛ قياساً على مسألة الإنفاق في معصية ، وبالكراهة في مسألة الشبهة ، وأنها تختلف في الشدة باختلاف الشبهة ، تأمل .

قوله : (ويجوز) أي : القرض ، لكن بمعنى : الاقتراض .

قوله : (لمضطر مطلقاً) أي : سواء غلب على ظنه وفاؤه من جهة ظاهرة أم لا ، علم المقرض بحاله أم لا ، قال ابن قاسم : (بل يجب وإن كان المقرض ولياً ؛ كما يجب عليه بيع مال محجوره من المضطر المعسر نسيتاً)^(١) ، قال (ع ش) (أي : حيث لم يوجد من يقرض المضطر إلا هو)^(٢) .

قوله : (وكذا لغيره) أي : يجوز لغير المضطر الاقتراض .

قوله : (بشرط أن يغلب على ظنه وفاؤه) أي : فوراً في الحال ، وعند الحلول في المؤجل .

قوله : (من جهة له ظاهرة) أي : سبب ظاهر قريب الحصول ؛ كغلة أرضه وعقاره .

قوله : (أو علم المقرض بحاله) أي : من أنه ليس له جهة ظاهرة يوفي منها ، قال (ع ش) : (وهل يكون مباحاً أو مكروهاً ؟ فيه نظر ، ولا يبعد الكراهة إن لم يكن ثم حاجة)^(٣) أي : وأما مع الحاجة . . فلا يبعد النذب . شرواني^(٤) .

قوله : (فإن اتنفى كل من هذين) أي : غلبة ظنه وفاءه من الجهة الظاهرة وعلم المقرض بحاله .

قوله : (حرم وكان من أكل أموال الناس بالباطل) منه أيضاً : ما لو أخفى غناه وأظهر فقره . . فيحرم اقتراضه كما مر نظيره في صدقة التطوع ، وأخذ منه : أن المقرض لو علم حقيقة أمره . . لم يقرضه ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (ومن ثم لو علم المقرض أنه إنما يقرضه لنحو

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣٧/٥) .

(٢) حاشية الشيرازي (٢٢١/٤) .

(٣) حاشية الشيرازي (٢٢١/٤) .

(٤) حاشية الشرواني (٣٧/٥) .

(وَيَصِحُّ قَرْضُ كُلِّ مَا) مِنْ شَأْنِهِ أَنَّهُ (يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِ) مِنْ حَيَوَانٍ وَغَيْرِهِ ؛ لَصَحَّةِ ثَبُوتِهِ فِي الدِّمَّةِ ،
بِخِلَافِ مَا يَمْتَنَعُ السَّلَمُ فِيهِ)

صلاحه وهو باطناً بخلاف ذلك .. حرم الاقتراض أيضاً كما هو ظاهر (١) .

زاد « النهاية » : (ولو أخفى الفاقة وأظهر الغنى حالته .. حرم أيضاً ؛ لما فيه من التدليس والتغريب عكس الصدقة) ، واستقرب ابن قاسم هنا أنه يملكه وإن حرم ، بخلافه في صدقة التطوع ، وفرق بينهما بأن القرض معاوضة وهي لا تندفع بالغنى (٢) ، ووجهه (ع ش) بأنه يشبه شراء المعسر ممن لا يعلم إعساره ، وبيع المعيب مع العلم بعيبه لمن يجهله ، والشراء بالثمن المعيب كذلك ... إلى غير ذلك من الصور (٣) .

قوله : (ويصح ...) إلخ ، اعلم : أن أركان القرض ثلاثة : عاقد ، ومعقود عليه ، وصيغة ، وقد ذكر المصنف الأخيرين ولم يذكر العاقد ، وشرطه : الرشد ، والاختيار ، ويزيد المقرض بكونه أهلاً للتبرع ، فيمتنع على ولي قرض مال موليه لغير ضرورة إلا للقاضي ؛ لكثرة أشغاله ، لكن إنما يقرض أميناً موسراً لا شبهة في ماله حيث كان مال المولى خالياً عنها ، وله إقراض مال المفلس أيضاً إذا رضي الغرماء بتأخير القسمة ليجتمع المال ، ومثله فيما ذكر الإمام في مال بيت المال .

قوله : (قرض كل ما من شأنه ...) إلخ قدره ؛ لما سيأتي في المستثنيات .

قوله : (أنه يصح السهم فيه) أي : في نوعه ، فلا يرد امتناع السلم في المعين وجواز قرضه كالذي في الدمة ، فلو قال : أقرضتك ألفاً وقبل وتفرقا ثم أعطاه ألفاً .. جاز إن قرب الفصل عرفاً ، وإلا .. فلا ؛ أي : لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل ، ولأن الظاهر : أنه دفع الألف عن القرض ، أما لو قال : أقرضتك هذه الألف وتفرقا ثم سلمها إليه .. فلا يضر طول الفصل .

قوله : (من حيوان وغيره) بيان لما يصح السلم فيه .

قوله : (لصحة ثبوته في الدمة) تعليل للمتن ، وفي الخبر الصحيح : (أنه صلى الله تعالى عليه وسلم اقترض بكرة) (٤) ، وقيس عليه غيره .

قوله : (بخلاف ما يمتنع السلم فيه) أي : فإنه لا يصح قرضه ، فكل ما جاز السلم فيه .. جاز إقراضه ، وما لا يجوز السلم فيه .. لا يجوز إقراضه ، وسيأتي ما يستثنى من هذا الضابط ، قال في

(١) تحفة المحتاج (٣٧/٥) ، نهاية المحتاج (٢٢١/٤) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة : (٣٧/٥) .

(٣) حاشية الشبرايملي (٢٠١/٤) .

(٤) أخرجه مسلم (١٦٠٠) عن سيدنا أبي رافع رضي الله عنه .

للإجماعِ أفعليّ عليه ، وفيهِ حديثٌ منقطعٌ ، وكألخميرِ الحامضِ ، وكجزءٍ من دارٍ لم يزدْ على النصفِ ؛

البصري : أن الخبز متقوم والواجب فيه رد المثل الصوري كما يأتي ، قال في « التحفة » : (وفهم اشتراطه الجمع بينهما .. بعيد)^(١) .

قوله : (للإجماع الفعلي عليه) أي : إجماع أهل الأمصار على فعل إقراض الخبز في الأعصار بلا إنكار ، ومن ثم قطع به المتولي والمستظهري والأردبيلي ، واقتضى كلام النووي ترجيحه ، وهو الظاهر عند الخراسانيين وإن خالف في ذلك البغوي^(٢) .

قوله : (وفيه) أي : في إقراض الخبز .

قوله : (حديث منقطع) هو على المشهور : ما سقط من رواه راو واحد قبل الصحابي في الموضع الواحد ، أي موضع كان وإن تعددت المواضع بحيث لا يزيد الساقط في كل منها على واحد ، وقيل : كل ما لم يتصل إسنادُه ، وعليه جرى في « البيقونية » حيث قال : [من الرجز]

وكل ما لم يتصل بحال إسنادُه منقطع الأوصال^(٣)

ولم أعرف تعيين الحديث الذي ذكره ، فليراجع في مظانه^(٤) .

قوله : (وكألخمير الحامض) عطف على (كالخبز) وذلك لاطراد العادة به ، ووصفه بالحموضة لا يضر ؛ لأنها مقصودة فيه ، والعبرة فيه الوزن كالخبز ، قال في « التحفة » : (لا الروية على الأوجه ؛ وهي خميرة لبن حامض تلقى على اللبن - أي : الحليب - ليروب ؛ لاختلاف حموضتها المقصودة)^(٥) ، قال (ع ش) : (ولعل وجهه : ندرة الاحتياج إليها بالنسبة لخميرة الخبز)^(٦) ، قال في « النهاية » : (ووهم من فهم اتحادها بخميرة الخبز)^(٧) .

قوله : (وكجزء من دار) عطف أيضاً على (كالخبز) ، وهذا ما نقله ابن الرفعة عن الأصحاب ، واقتضاه كلام الشيخين في (الشفعة) .

قوله : (لم يزد على النصف) أي : لم يزد ذلك الجزء عليه ، هذا ما حمّله عليه السبكي^(٨) ،

(١) تحفة المحتاج (٤٤/٥)

(٢) انظر « أسنى المطالب » (١٤١/٦) .

(٣) مجموع مهمات المتون (ص ١٢١) .

(٤) انظر « التحقيق في مسائل اخلاف » (١٨٣/٧ - ١٨٤) .

(٥) تحفة المحتاج (٤٤/٥)

(٦) حاشية الشبراملسي (٢٢٨/٤) .

(٧) نهاية المحتاج (٢٢٨/٤) .

(٨) في الأصل : (هذا ما حمّله السبكي ذلك) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

لأنَّ لَهُ حِينَئِذٍ مِثْلًا . وَقَدْ يَمْتَنِعُ قَرْضُ مَا يَسْلُمُ فِيهِ كَأَمَةِ تَحُلٍّ لِلْمَقْتَرَضِ ، كَمَا يَأْتِي . (وَلَا بُدَّ) فِي صَحَّةِ الْقَرْضِ (مِنَ الْإِيجَابِ) الصَّرِيحِيِّ ؛ كَأَقْرَضْتُكَ ، أَوْ أَسْلَفْتُكَ

وهو أوجه من حمل الزركشي له على ضعيف ، وهو : أن الواجب رد القيمة وإن صرح بذلك المتولي ، قال السيد عمر البصري : (يتردد النظر فيما لو زاد . هل يبطل في الجميع ، أو في الزائد فقط تفريقاً للصفة ؟ محل تأمل) ، قال الشرواني : (قياس السلم : الأول)^(١) .

قوله : (لأن له حينئذ مثلاً) تعليل لجواز إقراض الجزء المذكور ، قال في « الفتح » : (كذا أطلقه ، وعليه : فهل المراد بـ « المثل » : المثل في كونه مملوكاً أيضاً ، أو الأعم حتى يشمل ما لو وقف نصفها شائعاً لإمكان رده ، بل سهولته باستبداله عند من يرى ذلك ؟ كل محتمل)^(٢) ، قال في « النهاية » : (ويظهر أخذاً من العلة : أن النصفين متساويان)^(٣) ، قال (ع ش) : (يتأمل هذا مع فرض الكلام في الجزء الشائع ، ولعله احترز به عما لو تفاوتت أجزاؤها وكانت قسمتها تحتاج إلى رد أو تعديل) فليتأمل^(٤) .

قوله : (وقد يمتنع قرض ما يسلم فيه) هذا مستثنى من منطوق الضابط الذي في المتن .
قوله : (كأمة تحل للمقترض كما يأتي) أي : في المتن ، قال في « التحفة » : (وعلم من الضابط : أن القرض [لا بد] أن يكون معلوم القدر ؛ أي : ولو ملاً ؛ وذلك ليرد مثله أو صورته)^(٥) .

قوله : (ولا بد في صحة القرض) أي : على المعتمد كما صرح في « المنهاج » بالخلاف في القبول^(٦) ، ونقل في « المغني » عن القاضي والمتولي أنهما قالوا الإيجاب والقبول ليسا بشرط . . . إلخ^(٧) ، وسيأتي في الشرح ما يشير إليه .

قوله : (من الإيجاب) أي : من المقرض .

قوله : (الصريح) أي : من غير احتياج إلى نية كما لا يخفى .

قوله : (كأقرضتك أو أسلفتك) أي : هذا أو كذا .

(١) حاشية الشرواني (٤٤/٥) .

(٢) فتح الجواد (٤٤٤/١) .

(٣) نهاية المحتاج (٢٢٨/٤) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٢٢٨/٤) .

(٥) تحفة المحتاج (٤٤/٥) .

(٦) منهاج الطالبين (ص ٢٤٠) .

(٧) مغني المحتاج (١٥٤/٢) .

وإن لم يقل بمثله ؛ لأنَّ ذلك هو موضوعها ، أو أَلْكِنَايَةِ كُخْذُهُ بِمِثْلِهِ ، أو ببَدَلِهِ على ما قاله جمع ؛
لِاحْتِمَالِهِمَا الْبَيْعَ أَيْضاً

قوله : (وإن لم يقل بمثله) أي : في صورتين .

قوله : (لأن ذلك) أي : رد المثل ؛ تعليل للغاية .

قوله : (هو موضوعها) أي : الصيغة المذكورة ، قال في « التحفة » : (وقد ينظر فيه - أي :
في أسلفتك - بأنه مشترك بين القرض والسلم إلا أن يقال : المتبادر منه القرض ؛ لا سيما وذكر
المتعلق في السلم - أي : نحو قوله : أسلفتك كذا في كذا - يخرج هذا) تأمل^(١) .

قوله : (أو الكناية) أي : مع النية كما لا يخفى .

قوله : (كخذه بمثله أو ببده) أي : أو اصرفه في حوائجك ولم يذكر ورد بدله ، فإن ذكره . .
فهو صريح ؛ كقوله : ملكته على أن ترد بدله ، أو خذه ورد بدله .

قوله : (على ما قاله جمع) أي : منهم شيخ الإسلام في « المنهج »^(٢) ، وقال الغزي : (ظهر
لي : أن هذا اللفظ صريح في المتقوم فإنه يتعين صرفه للقرض ؛ لبطلان البيع لو حمل عليه لجهالة
التمن ، أما المثلي . . فيحتمل القرض والبيع) انتهى ، وظاهر كلام الشارح هنا : تضعيف هذا
القول ، وكذلك في « التحفة » كما سيأتي ، وظاهر « الفتح » : اعتماده^(٣) .

قوله : (لاحتمالهما) أي : خذه بمثله وخذه ببده .

قوله : (البيع أيضاً) أي : كما دل عليه كلامهم ثم ، لكن في « التحفة » أن ذكر المثل أو البدل
فيه نص في مقصود القرض ؛ إذ وضعه على رد المثل صورة ، قال : (وبه فارق جعلهم « خذه
بكذا » كناية بيع ، واندفع ما للغزي وغيره ، واتضح أنه صريح كما هو ظاهر [كلام] الشيخين
لا كناية ، خلافاً لجمع ، ويبحث بعض هؤلاء أن « خذه بمثله » كناية ، ويرده ما قررته مما يعلم
منه : أن القصد من التمن مطلق العوضية لا المثلية حقيقة ولا صورة ، وهنا بالعكس فلم يصلح
للكناية ثم)^(٤) ، قال (سم) : (مما يؤيد رد هذا قاعدة ما كان صريحاً في بابه)^(٥) أي : ووجد
نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية في غيره ، فافهم .

(١) تحفة المحتاج (٣٧/٥) .

(٢) انظر « فتح الوهاب » (١٩ / ١) .

(٣) فتح الجواد (٤٤٤ / ١) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٧/٥) .

(٥) حاشية ابن قاسم على التحفة : (٣٧/٥) .

(وَالْقَبُولُ) الْمَتَّصِلُ بِهِ الْمَوَافِقُ لَهُ فِي الْمَعْنَى ، نَظِيرَ مَا مَرَّ فِي الْبَيْعِ ، يَأْتِي هُنَا بَقِيَّةُ شُرُوطِ الْبَيْعِ السَّابِقَةِ فِيهِ ؛ كَقَبْلَتِهِ ، وَاقْتَرَضَتْهُ . نَعَمْ ؛ الْقَرْضُ الْحَكْمِيُّ ؛ كِإِطْعَامِ جَائِعٍ ، وَكُسُوءِ عَارٍ

قوله : (والقبول المتصل به) أي : بالإيجاب بالأمر يتخلل بينهما سكوت طويل ولا لفظ أجنبي .
قوله : (الموافق له في المعنى) أي : فلو قال : أقرضتك ألفاً فقبل خمس مئة أو بالعكس . . لم يصح ، واعترض بوضوح الفرق بأن المقرض متبرع فلم يضر قبول بعض المسمى ولا الزيادة عليه ، ويرد بمنع إطلاق كونه تبرعاً ؛ كيف ووضع القرض أنه تملك الشيء برد مثله فساوى البيع ؛ إذ هو تملك الشيء بثمنه ، فكما اشترط ثم الموافقة فكذا هنا ، وكون القرض فيه شائبة تبرع كما يأتي لا ينافي ذلك ؛ لأن المعاوضة فيه هي المقصودة ، والقائل بأنه غير معاوضة هو مقابل الأصح .
« تحفة » (١) .

قوله : (نظير ما مر في البيع) راجع لكل من الإيجاب والقبول معاً ، فلو لم يحصل إيجاب معتبر أو قبول كذلك . . لم يصح القرض ، قال (ع ش) : (ويحرم على الآخذ التصرف فيه ؛ لعدم ملكه فيه ، لكن إذا تصرف فيه . . ضمن بدله بالمثل أو القيمة ؛ لما يأتي من أن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه ، ولا يلزم من إعطاء الفاسد حكم الصحيح مشابهته له من كل وجه) تدبر (٢) .

قوله : (ويأتي هنا) أي : في القرض .

قوله : (بقية شروط البيع السابقة فيه) أي : في (باب البيع) حتى شرط العاقلين والمعقود والصيغة ، وقد أشرت إليه فيما مر .

قوله : (كقبلته واقترضته) تمثيل للقبول ، ودخل تحت الكف : استلفته وتملكته ، وغيرهما .

قوله : (نعم ؛ القرض الحكمي) استدراك على اشتراط الإيجاب والقبول ، قال شيخنا رحمه الله تعالى : (والمراد : أنه في حكم القرض في وجوب رد المثل) (٣) .

قوله : (كإطعام جائع وكسوة عار) أي : وإنفاق على لقيط ، ومنه أسر غيره بإعطاء ما له غرض فيه ؛ كإعطاء شاعر لدفع الهجو عنه ، أو ظالم لدفع الشر عنه حيث لم يعطه ، أو إطعام فقير ، أو فداء أسير ، وعَمَّرَ داري ، واشتر هذا بثوبك لي .

(١) تحفة المحتاج (٣٩/٥) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٢٢٢/٤) .

(٣) إعانة الطالبين (٥٠/٣) .

بالبديل لا يحتاج لصيغة . والتماس المقرض كإيجابه ، والمقترض كقبوله ، ومن ثم جرى هنا خلاف المعاطاة ،

قوله : (بالبديل) أي : بأن شرط الرجوع ببدل ما أطعمه ، قال شيخنا رحمه الله تعالى : (واعلم : أنه في الجميع يرجع الأمور على أمره إن شرط الرجوع ؛ وذلك لأن ما كان لازماً كالدين أو منزلاً منزلة اللازم ؛ كذول الأسير لغيره : فادني . . لا يحتاج فيه لشرط الرجوع ، وما لم يكن كذلك . . يحتاج فيه إلى شرط الرجوع)^(١) .

قوله : (لا يحتاج لصيغة) أي : أصلاً ؛ خبر (القرض الحكمي) ، ومحل عدم اشتراط الصيغة في المضطر : وصوله إلى حالة لا يقدر معها على صيغة ، وإلا . . فيشترط ، ولا يكون إطعام الجائع وكسوة العاري ونحوهما قرضاً إلا أن يكون المقترض غنياً ، وإلا ؛ بأن كان فقيراً والمقرض غنياً . فهو صدقة ؛ لما تقرر في (باب السير) : أن كفاية الفقراء واجبة على الأغنياء ، وينبغي تصديق الآخذ فيما لو ادعى الفقر وأنكره الدافع ؛ لأن الأصل : عدم لزوم ذمته شيئاً . (ع ش)^(٢) .
قوله : (والتماس المقرض كإيجابه) مبتدأ وخبر ؛ وذلك كأن يقول : (اقترض مني) فإنه يقوم مقام الإيجاب .

قوله : (والمقترض كقبوله) أي : والتماس المقترض ؛ كأن يقول : (أقرضني) فإنه يقوم مقام القبول كما في البيع فبهما ، قال في « التحفة » : (ويظهر فيما اشتهر من استعمال لفظ العارية هنا : أنه فيما لا يصح إعاقته كناية ؛ لأنه لم يجد نفاذاً في موضوعه ، وفي غيره ليس كناية ؛ لأنه صريح في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه ، ثم رأيت بعضهم أطلق صراحته هنا إن شاعت ، ويرده ما ذكرته من التفصيل الذي لا بد منه .

فإن قلت : الشيوع لا يعتد به إلا فيما لا يصح للعارية . . قلت : بتسليمه هو لا دخل له في الصراحة ؛ لأن الذي له دخل فيها الشيوع على السنة حملة الشرع لا في السنة العوام كما هنا)^(٣) .
قوله : (ومن ثم) أي : من أجل أن التماس هنا كما في البيع .

قوله : (جرى هنا) أي : في القرض .

قوله : (خلاف المعاطاة) أي : فمن اختار صحة البيع بها كالنوي . . فقياسه : اختيار صحة القرض بها ، وأولى بالصحة ، كذا قاله الأذرعي ، واعترضه الغزي بأنه سهو منه ؛ لأن شرط

(١) إعانة الطالبين (٥٠/٣) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٢٣٣/٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٩/٥) .

وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَكِيلٍ وَزَنًا ، وَعَكْسُهُ إِنْ لَمْ يَتَجَافَ فِي الْمَكِيلِ كَالسَّلَمِ . (وَلَا يَجُوزُ إِقْرَاضُ جَارِيَةٍ تَحِلُّ لِلْمُقْتَرَضِ) وَلَوْ مَمْسُوحًا ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَرُدُّهَا بَعْدَ التَّمَتُّعِ ،

المعاطاة بذل العوض أو التزامه في الذمة وهو مفقود هنا ، ورداه في « التحفة » و « النهاية » بأنه هو السهو ؛ لإجرائهم خلاف المعاطاة في الرهن وغيره مما ليس فيه بذل العوض والتزامه ، فما ذكره شرط للمعاطاة في البيع دون غيره ، تدبر^(١) .

قوله : (ويجوز إقراض مكيل وزناً) أي : كالحبوب .

قوله : (وعكسه) أي : ويجوز إقراض موزون كيلاً .

قوله : (إن لم يتجاف في المكيل) قيد لمسألة العكس فقط ، فإن تجافى فيه . . لم يجز .

قوله : (كالسلم) أي : قياساً عليه ، ومر اشتراط العلم بقدر المقرض ، فلو أقرضه كفاً من

الدراهم مثلاً . . لم يصح .

نعم ؛ إن أقرضه على أن يستبين قدره ويرد مثله . . فإنه يصح كما ذكره في « الأنوار »^(٢) ، قال في « التحفة » : (ولا أثر للجهل بها حالة العقد)^(٣) أي : ويصدق في قدرها ؛ لأنه الغارم حيث ادعى قدرًا لا ثَقًا ، وإلا . . فيطالب بتعيين قدر لائق أو يحبس إلى البيان . (ع ش)^(٤) .

قوله : (ولا يجوز إقراض جارية) أي : جميعها ولو نحو رتقاء غير مشتهة ، قاله في « الفتح »^(٥) .

قوله : (تحل للمقترض) أي : وإن جاز السلم فيها ؛ فإنه لو جعل رأس مال السلم جارية يحل للمسلم إليه وطؤها وكان المسلم فيه جارية أيضاً . . جاز له أن يردها عن المسلم فيه ؛ لأن العقد لازم من الجانبين .

قوله : (ولو ممسوحاً) أي : ولو كان المقرض ممسوحاً ، فلا فرق بين أن يتأتى منه الوطاء ،

وهو واضح ، أو المقدمات ؛ كالممسوح والعنين والشيخ الهرم ، أو لا يتأتى واحد منهما كالصبي ؛ لأنه ربما تبقى عنده إلى بلوغه حداً يمكنه التمتع بها فيه .

قوله : (لأنه) أي : المقترض ؛ لتعليل لعدم الجواز .

قوله : (ربما يردها بعد التمتع) أي : بتلك الجارية ؛ لأنه عقد جائز من الطرفين يثبت الرد

والاسترداد .

(١) تحفة المحتاج (٣٩/٥ - ٤٠) ، نهاية المحتاج (٢٢٣/٤) .

(٢) الأنوار (٤٠٤/١) .

(٣) تحفة المحتاج (٤٢/٥) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٢٢٥/٤) .

(٥) فتح الجواد (٤٤٤/١) .

فَكَانَ كِإِعَارَةِ الْجَوَارِي لِلوَدِيِّ ، وَهُوَ حَرَامٌ إِجْمَاعًا ، وَنَقَلَ إِبَاحَتَهُ عَنْ عَطَاءٍ بَاطِلٌ . أَمَّا مَنْ لَا تَحِلُّ لَهُ لِمَحْرَمِيَّةٍ ، أَوْ نَحْوِ تَمَجُّسٍ . . . فَيَجُوزُ إِقْرَاضُهَا لَهُ ، بِخِلَافِ نَحْوِ أُخْتِ زَوْجَتِهِ ،

قوله : (فكان كإعارة الجواني للوطء) أي : وليس ذلك كالأب يهب ولده جارية يحل له وطؤها مع جواز استرجاع الأب لها ؛ لأن العقد لازم ثم من قبل الممتلك ، بخلافه هنا ، ولأن عقد القرض مدلوله إعطاء شيء والرجوع فيه أو في بدله فكان كالإعارة ، بخلاف الهبة .

قوله : (وهو حرام إجماعاً) أي : كما نقله مالك عن إجماع أهل المدينة . « تحفة » و « نهاية »^(١) .
قوله : (ونقل إباحته عن عطاء باطل) أي : بأنه مكذوب عليه ، كذا قيل ، قال في « التحفة » : (وليس في محله ؛ فقد نقله عنه أئمة أجلاء ، فالوجه : الجواب بأنه شاذ ، بل كاد أن يخرق به الإجماع) انتهى^(٢) .

قوله : (أما من لا تحل له) أي : الجارية التي لا تحل للمقترض ، هذا مقابل قول المتن : (تحل للمقترض) .

قوله : (لمحرمية) أي : بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، وكذا ملاعنة ، قاله في « التحفة »^(٣) .
قوله : (أو نحو تمجس) أي : أو توثن .

قوله : (فيجوز إقراضها له) أي : الجارية لمن لا تحل له ، فلو أسلمت نحو المجوسية بعد اقتراضها . . بقي على ملك المقترض ؛ كما اقتضاه كلامهم ، ولأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ، ولأنه إذا لم تحل له في ابتداء القرض . . انتفت المشابهة ؛ لإعارة الجواني للوطء ، أو ضعفت جداً فلم يصلح للإبطال ، وجاز حينئذ الوطء كما استقر به (ع ش) لحكمنا بصحة العقد وقت القرض ، وإسلامها لا يمنع من حصول الملك ابتداء ، وأما احتمال أن يردها . . فلا نظر إليه مع ثبوت الملك^(٤) .

قوله : (بخلاف نحو أخت زوجته) أي : كعمتها فيمتنع إقراضها له على الأوجه ؛ لأنه يقدر على حل أخت نحو الزوجة ؛ بأن يطلق زوجته ، قال في « التحفة » : (ويتجه خلافاً لجمع : أن مثلها مطلقة ثلاثاً ؛ لقرب زوال مانعها بالتحليل الذي لا يستبعد وقوعه على قرب ، بخلاف إسلام نحو المجوسية ، وبحث الأذرع على حل إقراضها لبعضه ؛ لأنه إن وطئها . . حرمت على المقرض ،

(١) تحفة المحتاج (٤٣/٥) . نهاية المحتاج (٢٢٦/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٤٣/٥)

(٣) تحفة المحتاج (٤٣/٥)

(٤) حاشية الشبراملي (٢٢٦/٤) .

وَيَمْتَنَعُ إِقْرَاضُ الْخَثْثِيِّ ؛ لِامْتِنَاعِ السَّلَامِ فِيهِ ، لَا إِقْرَاضُ الْأَمَةِ لِلْخَثْثِيِّ عَلَى نِزَاعٍ فِيهِ . (وَ) مِنْ أَحْكَامِ الْقَرْضِ أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ (يَرُدُّ مِثْلَهُ) حَقِيقَةً فِي الْمِثْلِيِّ

وإلا . . فلا محذور ، وهو بعيد ؛ لأن المحذور وهو وطؤها ثم ردها موجود ، وتحريمها على المقرض أمر آخر لا يفيد إثباتاً ولا نفيًا^(١) .

قوله : (ويمتنع إقراض الخثئي) أي : للرجل وللمرأة .

قوله : (لامتناع السلم فيه) أي : بسبب عزة وجوده ، قال في « الأسنى » : (وما قيل من جواز إقراضه ؛ لأن المانع وهو كونه جارية لم يتحقق . . قال الزركشي : خطأ)^(٢) .

قوله : (لا إقراض الأمة للخثئي) أي : لا يمتنع ؛ لأن اتضاحه بعيد ، فلو اتضحت ذكوره . . بان بطلان القرض ؛ لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر .

قوله : (على نزع فيه) أي : فقد قال النووي في « شرح مسلم » بالجواز^(٣) ، واستوضحه الزركشي وعلمه بأنه يجوز له السلم فيها فجاز قرضها له ، ونظر في ذلك السبكي وقال : لأنه قد يصير واضحاً فيطؤها ويردها ، وقال الأذري : الأشبه : المنع ، ويدفع قول السبكي ما مر : أنه إذا اتضحت . . بان بطلان القرض ، ولذا : قال ابن قاسم عن الرملي : (حاصل المعتمد : أنه يجوز كون الخثئي مقرضاً - بكسر الراء - ومقرضاً ؛ لعدم تحقق المانع ، ولا يجوز كونه مقرضاً - بفتح الراء - لأنه يعز وجوده) تأمل^(٤) .

قوله : (ومن أحكام القرض) أشار بهذا التقدير إلى كثرة أحكامه كما هو معلوم من المطولات .

قوله : (أنه يجب) أي : على المقرض .

قوله : (أن يرد مثله)^(٥) أي : حيث لا استبدال ، أما مع استبدال ؛ كأن عوض عن بر في ذمته ثوباً أو دراهم . . فلا يمتنع ؛ لما مر من جواز الاعتياض عن غير المثلين . (ع ش)^(٦) .

قوله : (حقيقة في المثل) أي : وهو ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه ؛ وذلك لأنه أقرب إلى حقه .

(١) تحفة المحتاج (٤٣/٥) .

(٢) أسنى المطالب (١٤٢/٢) .

(٣) شرح صحيح مسلم (٣٧/١١) .

(٤) حاشية ابن قاسم على التحفة (٤٣/٥ - ٤٤) .

(٥) في الأصل : (أنه يرد مثله) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٦) حاشية الشيرازي (٢٢٨/٤) .

- وَإِنْ بَطَلَ التَّعَامُلُ بِهِ - وَصُورَةٌ فِي الْمَتَقَوِّمِ ، وَبَحْثَ جَمْعٍ أَعْتَبَارًا مَا فِيهِ مِنَ الْمَعَانِي - كَحِرْفَةٍ - فَإِنْ لَمْ يَتَأْتَّ . . أَعْتَبِرَ مَعَ الصُّورَةِ مِرَاعَاةَ الْقِيَمَةِ ، وَيُصَدَّقُ

قوله : (وَإِنْ بَطَلَ التَّعَامُلُ بِهِ) أي : كَانَ كَانَ نَقْدًا أَبْطَلَهُ السُّلْطَانُ ، فَشَمِلَ ذَلِكَ مَا عَمَتْ بِهِ الْبَلَوُ فِي زَمَنَانَا فِي مَكَّةَ الْمَشْرِفَةِ وَغَيْرِهَا مِنْ إِقْرَاضِ الرِّيَالَاتِ ، وَكَانَتْ بَثْلَاثِينَ قَرْشًا مَثَلًا ثُمَّ تَنْزَلَ عَنْهَا إِلَى خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ قَرْشًا مَثَلًا فَلَيْسَ لَهُ غَيْرُهَا ، قَالَ بَعْضُهُمْ : (إِنْ بَقِيَ لَهَا قِيَمَةٌ ، وَإِلَّا . . وَجِبَ رَدُّ قِيَمَتِهِ بِأَقْرَبِ وَقْتٍ إِلَى وَقْتِ الْمَطَالَبَةِ) فَلْيَرَاجِعْ ^(١) .

قوله : (وَصُورَةٌ فِي الْمَتَقَوِّمِ) عَطَفَ عَلَى (حَقِيقَةٍ فِي الْمَثَلِيِّ) لَخَبَرِ مُسْلِمٍ : أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اقْتَرَضَ بَكْرًا وَرَدَّ رِبَاعِيًّا وَقَالَ : « إِنْ خِيَارَكُمْ أَحْسَنَكُمْ قَضَاءً » ^(٢) ، وَقِيلَ : يَرُدُّ الْقِيَمَةَ يَوْمَ الْقَبْضِ ، قَالَ السَّيِّدُ عَمْرُ الْبَصْرِيِّ : (قَدْ يَتَجَهَّ تَرْجِيحُهُ حَيْثُ تَعَذَّرَ الْمَثَلِيُّ ؛ كَدَارِ اقْتَرَضَ نَصْفَهَا ثُمَّ وَقَفَ جَمِيعَهَا) فَتَأْمَلْ .

قوله : (وَبَحْثُ جَمْعٍ) أي : مِنْهُمْ : ابْنُ النَّقِيبِ وَالزَّرْكَشِيُّ وَصَاحِبُ « التَّدْرِيبِ » ، بَلْ جَزَمَ بِهِ فِي « التَّحْفَةِ » وَ« النِّهَايَةِ » حَيْثُ قَالَا فِيهِمَا : (وَمَنْ لَازِمَ اعْتِبَارُ الْمَثَلِ الصُّورِيِّ اعْتِبَارًا مَا فِيهِ مِنَ الْمَعَانِي . . .) إلخ ^(٣) .

قوله : (اعْتِبَارًا مَا فِيهِ) أي : الْمَتَقَوِّمِ .

قوله : (مِنَ الْمَعَانِي) أي : الَّتِي تَزِيدُ بِهَا الْقِيَمَةُ ، فَالْمُرَادُ بِ(الصُّورَةِ) : أَنْ يَكُونَ عَلَى هَيْئَتِهِ الَّتِي تَخْتَلِفُ بِهَا الْقِيَمَةُ .

قوله : (كَحِرْفَةٍ) أي : كَحِرْفَةِ الرَّقِيقِ وَفَرَاهِيَةِ الدَّابَّةِ فَيُرَدُّ مَا يَجْمَعُ تِلْكَ الصِّفَاتُ كُلُّهَا ؛ حَتَّى لَا يَفُوتَ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَلَا يَمْتَنِعُ مِنَ الرِّفْقِ .

قوله : (فَإِنْ لَمْ يَتَأْتَّ . .) اعْتَبِرَ مَعَ الصُّورَةِ مِرَاعَاةَ الْقِيَمَةِ (أي : وَعَلَيْهِ : فَلَوْ لَمْ يَوْجَدْ عَبْدٌ تَبْلُغُ قِيَمَتُهُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ الْمَقْرُضِ مَعَ مِلَاحَظَةِ صِفَاتِهِ . . فَهَلْ يَرُدُّ قِيَمَةَ الْعَبْدِ الْمَقْرُضِ دِرَاهِمًا ؛ لِتَعَذُّرِ رَدِّ مِثْلِهِ ، أَوْ يَرُدُّ مِثْلَهُ صُورَةً وَيُرَدُّ مَعَهُ مِنَ الْمَالِ مَا يَبْلُغُ بِهِ قِيَمَةَ الْعَبْدِ الْمَقْرُضِ ؟ فِيهِ نَظَرٌ ، وَالظَّاهِرُ : الْأَوَّلُ ؛ لِلْعَلَّةِ الْمَذْكُورَةِ . (ع ش) ^(٤) .

قوله : (وَيُصَدَّقُ) أي : الْمَقْتَرَضُ بِمِثْلِهِ .

(١) انظر « حاشية الخطيب على الغرر » (١٩٠/٥) .

(٢) صحيح مسلم (١٦٠٠) من سيدنا أبي رافع رضي الله عنه .

(٣) تحفة المحتاج (٤٤/٥) ، نهاية المحتاج (٢٢٨/٤) .

(٤) حاشية الشيرازي (٢٢١/٤) .

فيها وفي الصفة ؛ لأنه غارم . (وَلَوْ شَرَطَ) الْمُقْرِضُ عَلَى الْمُقْتَرِضِ (صَحِيحاً) أَي : رَدَّهُ (عَنْ مُكَسَّرٍ ، أَوْ زِيَادَةً) عَلَى مَا أَقْرَضَهُ لَهُ ، أَوْ أَجُودَ مِنْهُ (أَوْ أَجَلًا وَلَهُ فِيهِ غَرَضٌ) كَأَن يَرُدَّهُ بَعْدَ شَهْرٍ ؛ لَخَوْفِ نَهْبٍ أَوْ نَحْوِهِ وَالْمُقْتَرِضُ مُلِيٌّ

قوله : (فيها وفي الصفة) أي : عند الاختلاف فيها .

قوله : (لأنه غارم) تعليل لتصديق المقرض في ذلك .

واعلم : أن أداء المقرض كأداء المسلم فيه في سائر ما مر فيه صفة وزمناً ومحلاً ، ولكن لو ظفر المقرض بالمقترض في غير محل الإقراض ؛ وللنقل من محله إلى محل الظفر مؤنة ولم يتحملها المقرض . . طالبه بقيمة بلد الإقراض ؛ لأنه محل التملك يوم المطالبة ؛ لأنه وقت استحقاقها ، وإنما جاز ذلك ؛ لجواز الاعتياض عنه ، بخلاف نظيره في السلم ، وإذا أخذ القيمة . . فهي للفيضولة^(١) لا للحيلولة ، حتى لو اجتمعا بمحل الإقراض . . لم يكن للمقرض ردها وطلب المثل ، ولا للمقترض استردادها ودفع المثل .

قوله : (ولو شرط المقرض على المقرض . . .) إلخ ، وهذا شروع في الشرط الواقع في القرض ، وهو ثلاثة أقسام : إن جر نفعاً للمقرض . . يكون فاسداً مفسداً للقرض ، وإن جر نفعاً للمقترض . . يكون فاسداً غير مفسد له ، وإن كان للوثوق ؛ كالرهن ونحوه . . فهو صحيح ، والأول والثالث في المتن ، والثاني في الشرح .

قوله : (صحيحاً ؛ أي : رده عن مكسر) أي : من الدراهم أو الدينارين .

قوله : (أو زيادة على ما أقرضه له) أي : كأحد عشر عن عشرة .

قوله : (أو أجود منه) أي : مما أقرضه ولو في غير الربوي .

قوله : (أو أجلاً وله فيه غرض) أي : أو رده ببلد آخر ليسلم من خطر الطريق أو مؤنة [النقل] ، ومنه ما جرت به العادة من قوله للمقترض : أقرضتك هذا على أن تدفع بدله لو كيلى بمكة المشرفة ، أو أن يدفع وكيلك بدله لي أو لو كيلى بمكة مثلاً .

قوله : (كأن يردّه . . .) إلخ ، تمثيل لشرط الأجل الذي له فيه غرض .

قوله : (والمقترض ملِيٌّ) أي : بالمقرض أو بدله فيما يظهر ، خلافاً لما يوهمه تعبير شارح بالواو وإن شرط رده إليه زمن النهب على الأوجه ؛ لأنه مظنة لعود النفع على المقرض ، بخلاف المعسر ؛ إذ لا وثوق بذمته فلا يوثق بعود النفع للمقرض . انتهى « فتح الجواد »^(٢) .

(١) في الأصل : (للفيضولة) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) فتح الجواد (١ / ٤٤٥ - ٤٤٦) .

(... بَطَلَ) الْقَرْضُ ؛ لَخَبَرِ : « كُلُّ قَرْضٍ جَرٌّ مَنْفَعَةٌ . . . فَهُوَ رِبَاٌ » وَهُوَ وَإِنْ كَانَ ضَعِيفاً لَكِنْ قَالَ بِهِ جَمْعٌ مِنَ الصَّحَابَةِ رِضْوَانُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ ، وَأَخَذَ أَثْمَتَنَا بِعُمُومِهِ مِنْ أَنَّ كُلَّ قَرْضٍ تَضَمَّنَ عَوْدَ مَنْفَعَةٍ مُحَقَّقَةٍ إِلَى الْمُقْرِضِ وَإِنْ قُلْتُ . . . كَانَ رِبَاً . . .

قوله : (بطل القرض) أي : حيث وقع الشرط في صلب العقد كما هو ظاهر ، أما لو توافقا على ذلك ولم يقع شرط في صلب العقد . . فلا بطلان ، والحكمة في البطلان : أن موضوع القرض الإرفاق ، فإذا شرط فيه لنفسه حقاً . . خرج عن موضوعه فمنع صحته .

قوله : (لخبير : « كل قرض جر منفعة ») أي : شرط فيه جر منفعة ، شيخنا رحمه الله تعالى^(١) .

قوله : (« فهو رباٌ ») أي : في حكم الربا فيكون حراماً ، وعقد القرض باطل .

قوله : (وهو) أي : لهذا الخبر ؛ أي : رفعه إليه صلى الله تعالى عليه وسلم ، رواه الحارث بن أبي أسامة عن علي^(٢) .

قوله : (وإن كان ضعيفاً) أي : لأن في سنده سؤار بن مصعب وهو متروك وإسناده ساقط ، كذا قاله بعضهم^(٣) .

قوله : (لكن قال به جمع من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين) أي : كما رواه البيهقي ، منهم : فضالة بن عبيد رضي الله تعالى عنه^(٤) ، وذكر في « النهاية » : أن الإمام والغزالي صححا رفع هذا الحديث^(٥) ، فثبت في الحديث أنه حديث حسن لغيره .

قوله : (وأخذ أئمتنا) أي : معاشر الشافعية .

قوله : (بعمومه) أي : الخبر المذكور .

قوله : (من أن كل قرض تضمن عود منفعة محققة إلى المقرض وإن قلت كان رباٌ) أي : كشرط رهن المقرض الشيء المقرض بدين آخر كان للمقرض عليه ، قال في « النهاية » : (وشمل ذلك شرطاً ينفع المقرض والمقرض فيبطل به العقد فيما يظهر ، ومنه : القرض لمن يستأجر ملكه - أي : مثلاً - بأكثر من قيمته لأجل القرض إن وقع ذلك شرطاً ؛ إذ هو حيثئذ حرام بالإجماع ، وإلا . . كره عندنا وحرم عند كثير من العلماء ، قاله السبكي^(٦) .

(١) إعانة الطالبين (٥٤ / ٣) .

(٢) بغية الباحث (٤٣٧) .

(٣) انظر « التلخيص الحبير » (١٨٢٤ / ٤) .

(٤) السنن الكبرى (٣٥٠ / ٥) .

(٥) نهاية المحتاج (٢٣٠ / ٤) .

(٦) نهاية المحتاج (٢٣٠ / ٤ - ٢٣١) .

فَإِنْ لَمْ تَعْدِ الْمَنْفَعَةَ إِلَّا عَلَى الْمُقْتَرَضِ .. صَحَّ الْقَرْضُ ، وَبُطِلَ الشَّرْطُ ، وَرُدُّ نَحْوِ الزِّيَادَةِ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ سُنَّةٍ ؛

- قوله : (فَإِنْ لَمْ تَعْدِ الْمَنْفَعَةَ) أي : المشروطة في العقد .
- قوله : (إِلَّا عَلَى الْمُقْتَرَضِ) أي : لا على المقرض ؛ كشرط الأجل الذي لم يكن له غرض فيه ، ورد المكسر عن الصحيح أو أردأ مما اقتضاه .
- قوله : (صَحَّ الْقَرْضُ) أي : في الأصح كما في « المنهاج »^(١) لأن المنفعة إن تحققت حيثئذ .. كانت للمقترض فهو زيادة في إرفاقه ووعد حسن له .
- قوله : (وَبُطِلَ الشَّرْطُ) أي : ولم يجب الوفاء به ؛ لأنه وعد تبرع ، ومن ثم سن الوفاء به ، وفارق القرض الرهن ؛ فإنه لو وقع مثل هذا الشرط فيه .. بطل الرهن والشرط معاً ، وهنا يلغو الشرط لا العقد بقوة داعي القرض ؛ لأنه سنة بخلاف الرهن ، وبأن وضع جر المنفعة للمقترض فلم يفسد باشتراطها له .
- قوله : (وَرُدُّ نَحْوِ الزِّيَادَةِ) أي : ولو في الربوي كأجود مما اقتضاه ، وهذا مبتدأ خبره قوله : (سنة) .
- قوله : (مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ) أي : بخلاف ما لو اقترض لمحجوره أو نجهة وقف .. فليس له رد زائد ونحوه كما ذكره الزركشي .
- قوله : (مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ) أي : في العقد ، فلو قصد إقراض المشهور برد الزيادة لأجلها .. ففي كراهته وجهان في « الروضة » عن المتولي ، وقياس كراهة نكاح من عزم على أنه يطلق إذا وطئ بغير شرط كراهة هذا . « شرح البهجة »^(٢) .
- قوله : (سنة) أي : ولم يكره للمقرض الأخذ ؛ كقبول هديته .
- نعم ؛ الأولى تنزهه عنها قبل رد البذل ، وظاهر كلامهم : أن المقرض يملك الزائد من غير لفظ تمليك من المقترض ، ووجه بأنه وقع تبعاً فاغتفر فيه ذلك ، وبأنه يشبه الهدية وهي لا تفتقر إلى اللفظ ، وبه يندفع قول بعضهم : لا بد من إيجاب وقبول ، ويعلم صحة ما أفتى به ابن عجيل : أن المقرض إذا دفع أكثر مما عليه .. لم يرجع بالزائد .
- نعم ؛ لو ادعى الجهل بالقدر ، وأنه إذا دفع ذلك ظناً منه أنه الذي عليه .. حلف ورجع في الزائد . (سم) .

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٤٠) .

(٢) الغرر البهية (١٩٤/٥) .

لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً » . (أَوْ) شَرْطَ (رَهْنًا) يَجْعَلُهُ عِنْدَهُ لِيَتَوَقَّ بِه ؛ حَتَّى يَرُدَّ إِلَيْهِ مَا اقْتَرَضَهُ مِنْهُ (أَوْ كَفِيلًا) أَي : ضَامِنًا بِهِ

قوله : (لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم) أي : فيما رواه مسلم عن أبي رافع وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهما مرفوعاً : (« إن خياركم أحسنكم قضاء ») ، ولفظ : (خياركم) يحتمل أن يكون مفرداً بمعنى الخير . وأن يكون جمعاً ، وعليه : لا يقال : (أحسن) كيف يكون خبراً له وهو مفرد ؛ لأن أفعال التفضيل المضاف المقصود فيه الزيادة لمعرفة يجوز فيه الأفراد والمطابقة لمن هو له ؛ كما قال في « الخلاصة » :

وتلو آل طبن وما لمعرفة أضيف ذو وجهين عن ذي معرفة^(١)

نحو : ﴿ وَلَنَجِدَنَّهُمْ أَخْرَصَ النَّاسِ عَلَى حَيَوَةٍ ﴾ ، و﴿ أَكْثَرُ مُجْرِمِيهَا ﴾ .

هذا ؛ وكون الحديث باللفظ المذكور هو الذي في كتب الفقه ، لكن الذي رأيته في « صحيح مسلم » خمس روايات كلها ليس باللفظ المذكور ، وهي : « إن خيار الناس أحسنهم قضاء »^(٢) ، « فإن خير عباد الله أحسنهم قضاء »^(٣) ، « فإن من خيركم - أو خيركم - أحسنكم قضاء »^(٤) « خياركم محاسنكم قضاء »^(٥) ، « خيركم أحسنكم قضاء »^(٦) . انتهى ، فليراجع وليحرر ، ثم رأيته^(٧) في « البخاري » باللفظ المذكور في « الشرح »^(٨) .

قوله : (أو شرط) أي : المقرض على المقرض .

قوله : (رهنًا يجعله عنده) أي : المقرض ، أو عند غيره كما هو ظاهر .

قوله : (ليتوثق به) أي : بالرهن .

قوله : (حتى يرد إليه ما اقترضه منه) أي : مثل ما اقترضه حقيقة أو صورة .

قوله : (أو كفيلًا ؛ أي : ضامنًا) أي : أو إقراراً أو إشهاداً عليه عند الحاكم .

قوله : (به) أي : الشيء المقرض ، متعلق بالرهن والكفيل معاً ، واحتراز بهذا القيد عن

(١) ألفية ابن مالك (ص ٣٢) .

(٢) صحيح مسلم (١٦٠٠) عن سيدنا أبي رافع رضي الله عنه .

(٣) صحيح مسلم (١١١/١٦٠٠) عن سيدنا أبي رافع رضي الله عنه .

(٤) صحيح مسلم (١٦٠١) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٥) صحيح مسلم (١٢٠/١٦٠١) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٦) صحيح مسلم (١٢٠/١٦٠١) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٧) في الأصل : (رأيت) . ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٨) صحيح البخاري (٣٠٥) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

كذلك ، ولا بُدَّ من تعيينهما ، نظير ما مرَّ في البيع (. . صَحَّ) لأنَّ هذه الأمور توثيقات لا منافع زائدة ، فلزمت . (وَيُمْلِكُ الْمُقْرَضُ)

شرط الرهن أو الكفيل أو الإقرار أو الإشهاد بغيره فلا يصح ؛ كما علم مما مر .

قوله : (كذلك) أي : ليتوثق به حتى يرد إليه ما اقترضه منه .

قوله : (ولا بد من تعيينهما) أي : الرهن والكفيل .

قوله : (نظير ما مر في البيع) أي : فتعبير بعضهم فيهما بالتعريف أحسن ؛ لأن فيه إشارة لذلك ، وعبرة « التحفة » : (وشرطه - أي : الرهن - العلم به بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم ، وشرطه - أي : الكفيل - العلم به بالمشاهدة أو باسمه ونسبه لا بوصفه بموسر ثقة)^(١) .

قوله : (صح) أي : عند الرهن والشرط أيضاً .

قوله : (لأن هذه الأمور) أي : الرهن أو الكفيل ؛ أي : والإقرار والإشهاد عند الحاكم كما ذكرتهما فيما مر .

قوله : (توثيقات لا منافع زائدة) أي : عن الشيء المقرض ، حتى يقال : إن فيها جر منفعة للمقرض .

قوله : (فلزمت) أي : فللمقرض إذا لم يوف بها المقرض الفسخ وإن كان له الرجوع بغير شرط كما سيأتي ، على أن في التوثق بها مع إفادته أمن الجحد في بعض سهولة الاستيفاء في آخر صون العرض ؛ فإن الحياء والمروءة يمنعان من الرجوع بغير سبب ، بخلاف ما إذا وجد سبب ؛ فإن المقرض إذا امتنع من الوفاء بشيء من ذلك . . كان المقرض معذوراً في الرجوع غير ملوم ، ومن فوائد صحة هذا الشرط كما قاله ابن العماد : أن المقرض لا يحل له التصرف في المقرض قبل الوفاء بالشرط كالمشتري قبل دفع الثمن إلا برضا البائع ، واعتراض في المقيس بأنه يحتاج إلى نص ، وفي المقيس عليه بأنه غير صحيح ، ورد الاعتراض في الأول بأنه لا يحتاج لنص مع ظهور المعنى الذي قاله ، وفي الثاني بأنه وهم وغفلة عما قالوه فيه المعلوم منه : أنه إن كان للبائع حق حبسه . . تعيين القول بحرمة التصرف ؛ لأنها لازمة لبطلانه حينئذ ، أو ليس له ذلك . . فلا حرمة لنفوذه منه لرضا البائع به بقرينة تأجيله الثمن وإقباضه المبيع قبل قبض ثمنه ، ومن النوائد أيضاً : حث الناس على فعل الإقراض وتحصيل أنواع البر .

قوله : (ويملك المقرض) أي : الشيء المقرض ، فهو بفتح الراء والفعل مبني للمجهول ؛

بِالْقَبْضِ) بِإِذْنِ الْمُقْرِضِ ، فَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ وَلَوْ فِي الْمَجْلِسِ ، وَيَجُوزُ إِيرَادُ الْقَرْضِ عَلَى مُوصُوفٍ ، ثُمَّ يُعَيَّنُ وَلَوْ فِي غَيْرِ الْمَجْلِسِ ، لَكُنْ قَبْلَ طَوْلِ الْفَصْلِ عُرْفًا ، وَالْأَوْجَهُ فِي النُّقُوطِ الْمَعْتَادَةِ فِي الْأَفْرَاحِ : أَنَّهُ كَالْهَبَةِ

أي : ويملك المقرض الشيء المقرض .

قوله : (بالقبض) أي : وإن لم يتصرف فيه كالموهوب ، وأولئ ؛ لأن للعوض مدخلا فيه ، ولأنه لو لم يملك به . . لا تمتنع عليه التصرف فيه لكونه ليس نائباً عن المالك ولا ولياً عليه .
قوله : (بإذن المقرض) أي : ويكون القبض على الوجه الذي سبق في قبض المبيع .
قوله : (فله التصرف فيه) أي : فيجوز للمقرض التصرف في الشيء المقرض ، وتجب عليه النفقة ، ويعتق عليه لو كان نحو أصله .

قوله : (ولو في المجلس) أي : ولو كان التصرف في مجلس العقد والقبض ، بخلاف التصرف قبل القبض وبعد العقد ؛ فإنه لا يجوز .

قوله : (ويجوز إيراد القرض على موصوف) أي : فلا يجب إيراده على معين .

قوله : (ثم يعين ولو في غير المجلس) أي : بعد مجلس العقد .

قوله : (لكن قبل طول الفصل عُرْفًا) أي : وكذا قبضه ؛ ففي « الجمل » عن الشوبري والحلي : (أن الشيء المقرض إن كان معيناً ؛ بأن وقع العقد عليه . . صح قبضه في المجلس وبعده ولو بزمان طويل ، وإن كان في الذمة . . اشترط قبضه في المجلس ، أو بعده على الفور ؛ لأنه بمثابة عوض ما في الذمة ، وتوسعوا هنا في ذلك فاكثفوا بقبضه ولو بعد التفرق ، لكن على الفور) تأمل^(١) .

قوله : (والأوجه في النقط المعتمد) أي : بين الناس .

قوله : (في الأفراح) أي : كالختان والنكاح ؛ وذلك أن يجمع صاحب الفرح الناس لأكل أو نحوه ثم يقوم إنسان فيعطيه كل من الحاضرين ما يليق به ، فإذا استوعبهم . . أعطى ذلك لذي الفرح الذي حضر الناس لأجل إعطائه ؛ إما لكونه سبق له مثله ، وإما لقصد ابتداء معروف معه ليكافئه بمثله إذا وقع له نظيره . « إيعاب » .

قوله : (أنه كالهبة) أي : فلا رجوع بذلك كما أفتى به السراج البلقيني القائل في حقه جماعة من الأئمة : إنه بلغ رتبة الاجتهاد^(٢) .

(١) فتوحات الوهاب (٢٥٩/٣) .

(٢) انظر « إنباء الغمر » (٢٤٧/٢) .

لا القرض وإن أعتيد ردُّ مثله . نَعَمْ ؛ إن ادَّعى المُعطي نيةَ القرضِ . . صدَّقَ بيمينه ، ولو قال : أعطِ فلاناً كذاً لترجعَ عليَّ . . رجعَ إن كانَ له غرضٌ في إعطائه ؛ كفقره ، أو لخوفٍ منه . نَعَمْ ؛ لو قال : أقرضني خمسةً وأدَّها عن زكاتي . . لم يَجُزْ

قوله : (لا القرض) أي : لا كالقرض ، خلافاً لجمع ، منهم : النجم البالسي والأزرق اليمني فإنهما أفتيا بأنه كالقرض الضمني ، وعليه : يطلبه المعطي أو وارثه . ومحل الخلاف إذا كان صاحب الفرح يعتاد أخذه لنفسه ، أما إذا اعتيد أنه لنحو الخاتن وأن معطيه إنما قصده فقط . . فلا رجوع للمعطي جزماً على صاحب الفرح كما استظهره في « التحفة » قبل (اللقطة)^(١) وإن كان الإعطاء لأجله .

قوله : (وإن اعتيد رد مثله) أي : فلا أثر للعرف فيه ؛ لاضطرابه . ولعدم مسوغ للرجوع ، وأما اعتياد المجازاة به وطلبه ممن لم يجاز به . . فلا يقتضي رجوعاً عند عدم الصيغة التي تصيره قرضاً ، تأمل .

قوله : (نعم ؛ إن ادعى المعطي نية القرض) أي : وقال عند الإعطاء : خذه مثلاً ، وهذا استدراك على قوله : (كالهبة) .

قوله : (صدق بيمينه) أي : أنه قرض فيرجع ، وعلى هذا يحمل قول جمع : إنه كالقرض فلا خلاف حيثئذ .

قوله : (ولو قال : أعط فلاناً كذا) أي : مئة مثلاً .

قوله : (لترجع علي) أي : يبدل المئة .

قوله : (رجع إن كان له) أي : للقاتل .

قوله : (غرض في إعطائه) أي : فلان فيكون من القرض الحكمي .

قوله : (كفقره أو لخوف منه) أي : من فلان ؛ كشاعر خاف هجوه ، أو ظالم خاف ظلمه عليه

إن لم يعطه ، قال الماوردي : (ولو قال لغيره : اقترض لي مئة ولك علي عشرة . . فهو جمالة ؛ أي : فيستحق الجعل إن اقترضها له من غيره ، فلو أقرضه من ماله . . لم يستحق الجعل)^(٢) .

قوله : (نعم ؛ لو قال) أي : الشخص لغيره .

قوله : (أقرضني خمسة وأدَّها عن زكاتي) أي : الواجبة علي .

قوله : (لم يجز) أي : على المعتمد ، وهذا جواب (لو) .

(١) تحفة المحتاج (٣١٧/٦) .

(٢) الحاوي (٤٤٠/٦) .

خلافاً للفقهاء . (وَلِلْمُقْرِضِ الرُّجُوعُ فِيهِ مَا دَامَ بَاقِيًا) بِمِلْكِ الْمُقْتَرِضِ ، وَإِنْ زَالَ عَنْ مِلْكِهِ ثُمَّ عَادَ .
فيلزمه ردُّه ، وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّراً . فيأخذه

قوله : (خلافاً للفقهاء) أي : فإنه قال في « فتاويه » بالجواز ، وهو ضعيف ؛ لأنه مبني على ما جوزه من اتحاد القابض والمقبض ، ولو قال لغيره : خذ من مالي الذي لي في جهة زيد ألفاً قرضاً فأخذها منه : فإن كان ما في جهة زيد ديناً عليه . لم يصح قرضها ؛ لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلاً لغيره ، وإنما هو توكيل بقبض الدين فلا بد من قرض جديد ، أو عيناً ؛ كوديعة
صح قرضاً ، ولو قال لغيره : ادفع مئة قرضاً علي إلى وكيلي فلان فدفع ثم مات الأمر فليس للدافع مطالبة الآخذ ؛ لأن الآخذ لم يأخذ لنفسه ، وإنما هو وكيل عن الأمر وقد انتهت وكالته بموت الأمر ، وليس للآخذ الرد عليه ، ولو رد ضمن للورثة ، وحق الدافع يتعلق [بتركة الميت] عموماً لا بما دفع خصوصاً ، أفاده في « الأسنى »^(١) .

قوله : (وللمقرض الرجوع فيه) أي : يجوز للمقرض الرجوع في الشيء المقرض بصيغة ؛ كرجعت فيه ، أو فسخته .

قوله : (ما دام باقياً بملك المقرض) أي : ولم يبطل به حق لازم ، وللمقرض رد ما اقترضه ، وعلى المقرض قبوله ، إلا إذا نقص فله قبوله مع الأرض أو مثله سليماً ، وإلا : إذا رده في زمن نهب أو إغارة فلا يجب قبوله .

قوله : (وإن زال عن ملكه) أي : المقرض .

قوله : (ثم عاد) أي : إليه فإنه يجوز للمقرض الرجوع فيه كما في أكثر نظائره ، وبه جزم العمراني^(٢) .

قوله : (فيلزمه) أي : المقرض .

قوله : (رده) أي : الشيء المقرض إلى المقرض ؛ لأن له تغريم بدله عند الفوات فالمطالبة بعينه أولى ، قال الشيخ عميرة : (قضية كلامهم : أنه ليس له المطالبة بالبدل إلا عند الفوات ، وهو ظاهر ؛ لأن الدعوى بالبدل غير ملزمة لتمكن المدعى عليه من دفع العين المقرضة)^(٣) .

قوله : (وإن كان مؤجراً) أي : أو معلقاً عتقه بصفة أو مدبراً فإنه يرجع فيه .

قوله : (فيأخذه) أي : المؤجر .

(١) أسنى المطالب (١٤٤/٢) .

(٢) البيان (٤٥٩/٥) .

(٣) حاشية عميرة (٢٦٠/٢) .

(بَابُ الرَّهْنِ)

هُوَ لَفْعٌ : أَلْتَبَوْتُ ، وَشَرَعًا : جَعَلَ عَيْنَ مَالٍ وَثِيقَةً بِدَيْنٍ

[بَابُ الرَّهْنِ]

قوله : (باب الرهن) أي : في بيان أحكامه ، والأصل فيه قبل الإجماع - إلا ما نقل عن مجاهد وداود من منعه في الحضر - : قوله تعالى : ﴿ فَهِنَّ مَقْبُوضَةٌ ﴾ ، قرأ ابن كثير وأبو عمرو بضم الراء والهاء ، والجمهور بكسر الراء وفتح الهاء بعدها ألف ، قال القاضي : (معناه : فارهنوا واقبضوا ؛ لأنه مصدر جعل جزاء للشرط بالفاء فجرئ مجرى الأمر ؛ كقوله : ﴿ فَتَحْرِزْ رَقَبَةً ﴾) أي : فحرروا رقبة .

قال في « الإيعاب » : (فيه نظر ؛ لأن رهنًا هنا ليس مصدرًا ، بل هو جمع رهن ؛ بمعنى : مرهون ؛ بدليل وصفه بمقبوضة ، وحينئذ : فليس هو كما نظر به من الآية) ، وقد يجاب بصحة كونه جمع (رهن) الذي هو المصدر ، ولا ينافيه (مقبوضة) لأن وزن مفعول يأتي مصدرًا أيضًا ، وحديث « الصحيحين » : (أنه صلى الله تعالى عليه وسلم رهن درعه عند يهودي على ثلاثين صاعًا من شعير لأهله)^(١) ، وسيأتي الكلام على هذا الحديث .
قوله : (هو) أي : الرهن (لفة) .

قوله : (الثبوت) يقال : رهن ؛ بمعنى : دام وثبت ، ومنه : الحالة الراهنة ؛ أي : الثابتة ، وقال الإمام : معناه : الاحتباس ، ومنه : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينٌ ﴾ ، وحديث : « نفس المؤمن مرهونة بدينه حتى يقضى عنه دينه »^(٢) أي : محبوسة ، وسيأتي أيضاً الكلام عليه .

قوله : (وشرعاً : جعل عين مال) خرج به (العين) : الدين فلا يصح رهنه ولو ممن هو عليه ؛ لأنه غير مقدور على تسليمه ، والمنفعة ؛ لأنها تتلف فلا يحصل استيثاق ، وقيد بعضهم عين المال بصحة بيعها ، واحترز به عن نحو الوقف والمكاتب .

قوله : (وثيقة بدین) أي : ولو منفعة ، وخرج به (الدين) : العين فلا يصح الرهن عليها مضمونة ؛ كالمقبوضة ، أو لا ؛ كمال القراض ؛ لأنه تعالى ذكر الرهن في المدائنة فلا يثبت في غيرها ، ولأنها لا تستوفى من ثمن المرهون وذلك مخالف لغرض الرهن عند البيع ، وقد اشتمل هذا التعريف على أركان الرهن الأربعة : عاقد ، ومرهون ، ومرهون به ، وصيغة ؛ لأن الجعل

(١) صحيح البخاري (٢٠٩٦) ، صحيح مسلم (١٦٠٣) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٢) أخرجه الترمذي (١٠٧٨) ، وابن ماجه (٢٤١٣) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

يُسْتَوْفَى مِنْهَا عِنْدَ تَعَذُّرِ وَفَائِهِ (لَا يَصِحُّ إِلَّا بِأَمْرِ : الْأَوَّلُ : الإِجَابُ) الصُّرِيحُ أَوْ الْكِنَايَةُ - كَرَهْنُ -
(وَالْقَبُولُ) كَارْتَهْنُ ؛ قِيَاساً عَلَى الْبَيْعِ ،

بصيغة ، ويستلزم موجباً وقابلأً و(عين مال) إشارة إلى المرهون ، و(بين) إشارة إلى المرهون به ، قيل : إنه غير جامع ؛ لخروج الرهن الحكمي ؛ وهو صيرورة المال في الذمة محكوماً برهنه في نحو الإنفاق وفداء الجاني ، وأجيب بأن المراد : جعل الشارع أو العاقد فدخل ذلك فصار جامعاً مانعاً ، تأمل .

قوله : (يستوفى منها) أي : الدين من تلك العين ؛ أي : ثمنها ، وهذا ليس من تمام التعريف ، بل بيان لفائده و(من) في (منها) للابتداء لا للتبعض ؛ لاقتضائه اشتراط كون قيمة العين زائدة على الدين مع أنه غير شرط .

قوله : (عند تعذر وفائه) أي : الدين ، متعلق بـ(يستوفى) وهذا غير قيد ، فلا ينافي أنه قد يستوفى منها مع إمكان الوفاء فلا تتوهم وروده ، قالوا : والوثائق بالحقوق ثلاثة : شهادة ، ورهن ، وضمان ؛ فالأول لخوف الجحد ، والآخران لخوف الإفلاس ، والمراد : جنس الحقوق أو مجموعها ؛ لأن منها ما يدخله الثلاثة ؛ كالبيع ، ومنها ما يدخله الشهادة فقط ؛ وهو المساقاة ونجوم الكتابة ، ومنها ما يدخله الشهادة والضمان دون الرهن ؛ وهو الجعالة قبل فراغ العمل ، ومنها ما يدخله الضمان فقط ؛ كضمان الدرك ، تدبر .

قوله : (لا يصح) أي : الرهن .

قوله : (إلا بأمر) أي : خمسة في كلام المصنف .

قوله : (الأول) أي : الأمر الأول من الأمور الخمسة .

قوله : (الإيجاب والقبول) أي : أو استيجاب مع إيجاب ، أو استقبال مع قبول ، فقول الراهن : ارتهن هذا مني بكذا يقوم مقام الإيجاب ، وقول المرتهن : ارهن هذا عندي بكذا يقوم مقام القبول ، قال في « الفتح » : (نعم ؛ لو شرط الرهن في عقد ؛ كبيع ونكاح ، أو إجارة ؛ كبعثتك على أن ترهنني فقال : اشتريت ورهنت . . صح على المعتمد وإن لم يقل الأول بعده : ارتهنت أو قبلت)^(١) .

قوله : (قياساً على البيع) أي : بجامع أن كلاً عقد مالي فافتقر إلى الصيغة ، وذكروا هنا جريان خلاف المعاطاة ، وصورتها كما قاله المتولي : أن يقول له : أقرضني عشرة لأعطيك ثوبي هذا

وَمِنْ ثَمَّ يَأْتِي هُنَا جَمِيعُ مَرَّ ثَمَّ فِي (الصَّيْغَةِ) . (الثَّانِي : أَلَّا يُشْتَرَطَ فِيهِ مَا يُخَالِفُ مُقْتَضَاهُ ؛ كَشَرْطِ مَنْفَعَتِهِ لِلْمُرْتَهِنِ) أَوْ رَهْنٍ مَا يَحْدُثُ مِنْ زَوَائِدِهِ ، وَالْأَيُّبَاءِ عِنْدَ الْحُلُولِ ، فَيَبْطُلُ الرَّهْنُ بِذَلِكَ كَالْبَيْعِ ، بِخِلَافِهِ بِمَا يُوَافِقُ مُقْتَضَاهُ

رهنًا ؛ فيعطي العشرة ويقبضه الثوب .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل القياس على البيع .

قوله : (يأتي هنا) أي : في صيغة الرهن .

قوله : (جميع ما مر ثم في الصيغة) أي : من الشروط ؛ كاتصال اللفظين ، والإسناد إلى جملة المخاطب ، وخطاب من وقع معه العقد كالوكيل ، فلا يصح : (رهننت موكلك) .

نعم ؛ اعتمد بعضهم عدم اشتراط التوافق بين الإيجاب والقبول ، فلو قال : رهننتك العبد بألف فقال : قبلته بخمس مئة . صح الرهن ، بخلاف القرض كما مر ، وفرق بينهما بأن الرهن تبرع محض فلا يضر فيه عدم السوافية ؛ ويؤيده تعليل عدم الصحة في القرض بأنه يشبه البيع بأخذ العوض فيه ، وما هنا لا عوض فيه ، فليتأمل .

قوله : (الثاني) أي : من الأمور الخمسة .

قوله : (ألا يشترط فيه) أي : الرهن .

قوله : (ما يخالف مقتضاه) أي : فإن اشترط فيه ذلك . . بطل الرهن كما سيأتي في الشرح .

قوله : (كشرط منفعة للمرتهن) أي : من غير تقييد ، أما لو قيدها بسنة مثلاً وكان الرهن مشروطاً في بيع ؛ كأن يقول : بعثك هذا الثوب بدينار على أن ترهنني به دارك هذه ويكون سكنها لي سنة فيقبل . . صح ؛ لأنه جمع بين بيع وإجارة ، وهو جائز كما مر ثم .

قوله : (أو رهن ما يحدث) أي : أو شرط رهن . . إلخ ، فهو عطف على قوله : (منفعة) .

قوله : (من زوائده) أي : المرهون ؛ كولد وكسب وثمر من نحو شاة أو عبد أو شجرة .

قوله : (والأيباء عند الحلول) أي : أو شرط الأيباء المرهون عند حلول الأجل ، فهو عطف أيضاً على (منفعة) ، ومنه : ألا يباع إلا بأكثر من ثمن المثل .

قوله : (فيبطل الرهن بذلك) أي : بكل واحد من الشروط الثلاثة ؛ لإخلال الشرط في الصورة الأخيرة بالغرض من الرهن ، ولتغيير قضية العقد في الأوليين ؛ فإن قضية عقد الرهن التوثيق فقط ، وشرط المنفعة للمرتهن تغير لها ، وكذا رهن الزوائد مع أنها مجهولة ومعدومة ، تدبر .

قوله : (بخلافه) أي : الشرط .

قوله : (بما يوافق مقتضاه) أي : الرهن فإن الرهن صحيح .

كتقديم المرتهن به على بقية أرباب الديون ؛ فإنه مؤكد ، وبما فيه مصلحة كالإشهاد ؛ فإنه لازم ، وبما لا غرض فيه كالأكل إلا كذا ؛ فإنه لغو ، نظير ما مر في البيع . (الثالث :)

قوله : (كتقديم المرتهن به) أي : بالمرهون ؛ أي : بضمنه .

قوله : (على بقية أرباب الديون) أي : الغرماء عند تراحمهم ، وكبيعه في الدين .

قوله : (فإنه مؤكد) أي : للمقصود من الرهن .

قوله : (وبما فيه مصلحة) أي : وبخلاف الشرط بما فيه مصلحة للعقد ، فهو عطف على (بما يوافق مقتضاه) .

قوله : (كالإشهاد) أي : بالمرهون به وحده ، نظير ما مر في القرض ، بخلاف ما لو شرط الإشهاد به وبغيره ؛ كأن يقول : بشرط أن تشهد به وبرهن آخر عندك .. فإنه يفسد .

قوله : (فإنه لازم) أي : ثابت لا أنه يجب ذلك ؛ ففي (ع ش) ما نصه : (المقتضى والمصلحة متباينان ؛ وذلك لأن المقتضى عبارة عما يلزم العقد ، ولهذا : ثبت في العقد وإن لم يشترطه ، وأما المصلحة .. فلا يلزم فيها ما ذكر ؛ كالإشهاد فإنه من مصالحه ، بل مستحب فيه ، وبما تقرر علم : أن المصنف - أي : النووي - أراد بالمصلحة ما ليس بلام - أي : في العقد - مستحباً كان أو مباحاً) تأمل^(١) .

قوله : (وبما لا غرض فيه) أي : وبخلاف الشرط بما لا غرض فيه ، فهو عطف أيضاً على (بما يوافق مقتضاه) .

قوله : (كالأكل إلا كذا) أي : كهريسة ، كذا مثلوا به ، قال (ع ش) : (قد يقال : كون هذا الشرط مما لا غرض فيه محل نظر ؛ لجواز أن أكل غير ما شرط يضر العبد مثلاً فربما نقصت به الوثيقة ، بخلاف البيع فإنه لما خرج عن ملك البائع .. لم يكن له غرض فيما يأكله إن أضر به) انتهى^(٢) ، ويمكن أن يقال : يتعين قراءة : (يأكل) هنا بالتاء الفوقية على ما اختاره جمع هناك ؛ فإنه الذي لا غرض فيه ألبتة وإن لم يتعين ذلك ثم على المعتمد ، فليتأمل .

قوله : (فإنه لغو) أي : الشرط لغو لا يجب الوفاء به .

قوله : (نظير ما مر في البيع) راجع لجميع الصور المذكورة .

قوله : (الثالث) أي : من الأمور الخمسة .

(١) حاشية الشيراملسي (٢٣٥ / ٤) .

(٢) حاشية الشيراملسي (٢٣٥ / ٤) .

أَنْ يَكُونَ الْعَاقِدُ) من رَاهِنٍ ومرتهن (مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ) أي : نظير ما مرَّ في البَّيْعِ ؛ أي : مكلفاً مختاراً غيرَ محجورٍ عليه كالبَّيْعِ ؛ لأنَّ الرهنَ نوعٌ تبرُّع ، فإن صدرَ مِنْ أَهْلِهِ مِنْ مَالِهِ . . . فذاك ، وإلا . . .

قوله : (أن يكون العاقد من راهن ومرتهن مطلق التصرف) أي : لأنه عقد مالي كالبيع ، ولكون الولي مطلق التصرف في مال موليه بشرط المصلحة وليس من أهل التبرع فيه كان المراد بمطلقه هنا : كونه أهلاً للتبرع فيه ؛ بدليل تفريعه عليه بقوله : فلا يرهن الولي . . . إلخ ، كذا في « التحفة »^(١) ، وسيأتي هنا ما يفيد بهما فيه .

قوله : (أي : نظير ما مر في البيع) أي : ونحوه .

قوله : (أي : مكلفاً مختاراً غير محجور عليه) تفسير لمطلق التصرف فلا يصح من أصدقاء هؤلاء .

قوله : (كالبيع) مكرر مع قوله : (نظير . . .) إلخ ، فالأحسن : حذف أحدهما .
قوله : (لأن الرهن نوع تبرع) كذا باللام هنا ، والذي في غيره كـ « الفتح » و « الغرر » و « النهاية » : (لكن الرهن . . .) إلخ^(٢) ، ولعله الأصوب ؛ لأنه استدراك على قوله : (كالبيع) ، ثم المقصود من هذا بيان أن المراد بمطلق التصرف : كونه أهل تبرع كما مر عن « التحفة » ، قال الشيخ الجمل : (لم يظهر لهذا الاشتراط في المرتهن وجه ؛ لأنه لم يتبرع بشيء ، بل توثق على دينه ، وكذا لم يظهر له في الراهن وجه أيضاً ؛ لأن منفعة الرهن لراهنه ، ولأنه يمكن من الانتفاع به ولو بلا استرداد كما سيأتي فلم يكن متبرعاً بشيء ، وفي « النهاية » : لكن في الرهن نوع تبرع ؛ لأنه حبس مال بغير عوض ، قال - أعني : الجمل - : ولم يظهر منه أن التبرع بأي شيء حصل ، وكون الحبس بغير عوض لا يظهر فيه تبرع ؛ لأن الحبس لا يقابل بمال إلا لو كانت المنافع تفوت على المالك ، وليس كذلك كما علمت) فليحذر^(٣) .

قوله : (فإن صدر) أي : الرهن .

قوله : (من أهله) أي : التبرع ؛ وهو المكلف المختار غير المحجور عليه .

قوله : (من ماله) أي : مال نفسه .

قوله : (فذاك) أي : ظاهر .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يصدر منه من ماله ، بل من مال غيره بالولاية عليه .

(١) تحفة المحتاج (٥٣/٥)

(٢) فتح الجواد (٤٤٦/١) ، لغرر البهية (٢٠٠/٥) ، نهاية المحتاج (٢٣٦/٤) .

(٣) فتوحات الوهاب (٦٥/٣) .

أَشْرَطَ وَقَعُهُ عَلَى وَجْهِ الْمَصْلُحَةِ (فَلَا يَزَهُنُّ الْوَلِيُّ مَالَ مَخْجُورِهِ إِلَّا لِضَرُورَةٍ ؛ كَنْفَقَهُ ، وَكَسَوَهُ)
لِلْمَوْلَى أَوْ مَمُونِهِ ، (وَكَذَا) لِمَوْنَةِ مَالِهِ وَإِيفَاءِ حَقِّ لَزْمِهِ (أَنْتِظَاراً لِغَلَّةٍ) لِنَحْوِ عَقَارٍ يُؤَدِّي مِنْهَا (أَوْ
نَفَاقِ سِلْعَةٍ) كَاسِدَةٍ يُؤَدِّي مِنْ ثَمَنِهَا ،

قوله : (اشترط وقوعه) أي : الرهن .

قوله : (على وجه المصلحة) أي : والاحتياط ، فيكون حينئذ مطلق التصرف في مال موليه وإن لم يكن من أهل التبرع فيه . « نهاية »^(١) .

قوله : (فلا يرهن الولي) أي : أباً كان أو جدّاً أو وصياً أو حاكماً أو أمينه ، وهذا - كما متناع الارتهاان الآتي - تفريع على اشتراط مطلق التصرف في العاقد ، واعتراض بأنه لا يصح ؛ لتصريحهم بأن الولي مطلق التصرف في مال المولى وإن لم يتبرع فيه ، وأجيب بمنع كونه مطلق التصرف ؛ إذ حقيقة مطلقة هو من لا يحجر عليه في تصرف ما ، وهو عليه حجر في التبرع فكان غير مطلقة حقيقة ، تأمل .

قوله : (مال محجوره) أي : من صبي ومجنون وسفيه ؛ لأنه يحبس من غير عوض .

قوله : (إلا لضرورة) أي : أو غبطة ظاهرة ؛ كأن يشتري ما يساوي مئتين حاليتين بمئة نسيئة ويرهن بها ما يساوي مئة له ؛ لأن المرهون إن سلم . فواضح ، وإلا . . . كان في المبيع ما يجبره ، فلو امتنع البائع إلا برهن ما يزيد على المئة . ترك الشراء ، خلافاً لجمع « تحفة »^(٢) .

قوله : (كنفقة وكسوة للمولى أو ممونه) أي : ممن تلزمه مؤنته .

قوله : (وكذا لمؤنة ماله) أي : المولى ؛ نحو : إصلاح ضيعته .

قوله : (وإيفاء حق لزمه) أي : ولأجل إيفاء حق لزم المولى بنحو إتلاف .

قوله : (انتظاراً لغلة لنحو عقار يؤدي منها) أي : بأن ارتقب الولي علة عقار المولى ليوفي مما ينتظر منها ، قال في « حاشية الفتح » : (الظاهر : أنه لا يكفي مجرد الارتقاب في الغلة أو الغلاء ، بل لا بد أن تدل عليه قرائن يفيد مجموعها غلبة ظن وقوعه)^(٣) .

قوله : (أو نفاق سلعة كاسدة) أي : أو انتظار نفاق سلعة كاسدة للمولى ؛ بأن ارتقب الولي غلاء لتلك السلعة ، قال في « المصباح » : (نفقت السلعة والمرأة نفاقاً بالفتح : كثر طلبها وخطابها)^(٤) ، قال : (كسد الشيء يكسد من باب قتل كساداً : لم يفتن ؛ لقلة الرغبات فيه فهو

(١) نهاية المحتاج (٢٣٦/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٥٣/٥) .

(٣) حاشية فتح الجواد (٤٤٧/١) .

(٤) المصباح المنير ، مادة : (نفق) .

أَوْ حُلُولِ دَيْنٍ لَهُ مُؤَجَّلٍ يُرَدِّي مِنْهُ ؛ لِلْمَصْلَحَةِ فِي كُلِّ ذَلِكَ . فَإِنْ لَمْ يَنْتَظَرْ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ . . . بَاعَ مَا يَرَهُنُّهُ ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ لِقَاتِرَاضُ وَالرَّهْنُ عَلَيْهِ ؛ لِلضَّرَرِ بِتَقْدِيرِ فَرْضِ تَلْفِ الْمَرْهُونِ . (وَلَا يَرْتَهِنُ) وَلِيَّ الْمَحْجُورِ لَهُ

كاسد ، ويقال : أصل الكساد : الفساد (١) .

قوله : (أَوْ حُلُولِ دَيْنٍ لَهُ مُؤَجَّلٍ) أي : أَوْ انْتِظَارِ دَيْنٍ لِلْمَوْلَى مُؤَجَّلٍ .

قوله : (يُوَدِّي مِنْهُ) أي : يُوْفِي مِنْ ذَلِكَ الدَّيْنِ .

قوله : (لِلْمَصْلَحَةِ فِي كُلِّ ذَلِكَ) أي : مِنْ الصُّورِ ، فَهُوَ تَعْلِيلٌ لَجَوَازِ الرِّهْنِ فِي الْجَمِيعِ ، وَفِي هَذِهِ الصُّورِ لَا يَرَهْنُ إِلَّا عِنْدَ أَمِينٍ يَجُوزُ إِيدَاعُهُ زَمَنَ أَمْنٍ أَوْ لَا يَمْتَدُّ الْخَوْفُ إِلَيْهِ ، وَلِذَا قَالَ فِي « الْبَهْجَةِ » :

قلت ولم يجز لهم أن يرهنوا ممن على الإيداع لا يستأمن (٢)

قال في « الغرر » : (لِأَنَّهُ غَيْرُهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَتْلَفَ الْمَرْهُونُ أَوْ يَجْحَدَهُ) (٣) .

قوله : (فَإِنْ لَمْ يَنْتَظَرْ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ) أي : بِأَنْ لَمْ يَرْتَقِبِ الْغَلَّةَ ، أَوْ نِفَاقَ السِّلْعَةِ الْكَاسِدَةِ ، أَوْ حُلُولِ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ ، أَوْ مَحْتِجِ لِنَحْوِ النِّفْقَةِ ، أَوْ لَوْفَاءِ الْحَقِّ الْإِلَازِمِ لَهُ .
قوله : (بَاعَ مَا يَرَهُنُّهُ) أي : مَا يَرِيدُ رَهْنَهُ وَجُوباً لِيَسْتَغْنِيَ عَنِ الْإِقْتِرَاضِ .
قوله : (وَلَا يَجُوزُ لَهُ) أي : لِلْوَلِيِّ .

قوله : (الْإِقْتِرَاضُ وَالرَّهْنُ عَلَيْهِ) أي : عَلَى مَا يَقْتَرِضُهُ لِلْمَوْلَى .

قوله : (لِلضَّرَرِ) تَعْلِيلٌ لِعَدَمِ جَوَازِ الْإِقْتِرَاضِ وَالرَّهْنِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ .

قوله : (بِتَقْدِيرِ فَرْضِ تَلْفِ الْمَرْهُونِ) أي : فَدَعْوَى أَنْ الْبَيْعَ أَوَّلَى مِنْ الْإِقْتِرَاضِ مَخَالَفَةً لظَاهِرِ عِبَارَاتِهِمْ كَمَا عَلِمْتُ ، قَالَ فِي « الْفَتْحِ » (٤) .

قوله : (وَلَا يَرْتَهِنُ وَلِيَّ الْمَحْجُورِ) عَطَفَ عَلَى (فَلَا يَرَهْنُ الْوَلِيُّ) ، فَهُوَ مَفْرَعٌ عَلَى اشْتِرَاطِ مَطْلُوقِ التَّصَرُّفِ ، وَمِمَّا فِيهِ .

قوله : (لَهُ) أي : لِلْمَحْجُورِ ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ فِي حَالِ الْإِخْتِيَارِ وَعَدَمِ الْغِبْطَةِ الظَّاهِرَةِ لَا يَبِيعُ إِلَّا بِحَالٍ مَقْبُوضٍ قَبْلَ التَّسْلِيمِ بِلَا ارْتِهَانٍ ، وَلَا يَقْرِضُ إِلَّا الْقَاضِيَ كَمَا مَرَّ .

(١) المصباح المنير ، مادة : (كسد) .

(٢) بهجة الحاوي (ص ٩١)

(٣) الغرر البهية (٢٠٢ / ٥) .

(٤) فتح الجواد (٤٤٧ / ١) .

(إِلَّا لِضُرُورَةٍ كَانَ وَرَثَ دَيْنًا مُؤَجَّلًا) فيجبُ على وليِّه أَنْ يطلبَ من المدينِ رهناً على الدَّينِ الموروثِ لموليه ؛ ليتوثقَ لَهُ بِهِ إلى حلِّهِ ، ويلزمُهُ الارتهانُ أيضاً على ما أقرضَهُ أو باعَهُ مؤجَّلاً ؛ لخوفِ عليه مِنْ نَحْوِ نَهَبٍ

قوله : (إلا لضرورة) أي : أو غبطة ظاهرة ؛ كأن يبيع ماله مؤجلاً بغطته كما سيأتي قريباً ، وحيث جاز الرهن والارتهان . . جاز للأب والجد أن يعاملا به أنفسهم ويتوليا الطرفين ، وليس لغيرهما ذلك .

قوله : (كأن ورث ديناً مؤجلاً) تمثيل للضرورة .

قوله : (فيجب على وليه) أي : المحجور .

قوله : (أن يطلب من المدين رهناً) أي : عقاراً ، فإن لم يجده . . فمنقولاً ، قاله في « حاشية الروض »^(١) .

قوله : (ليتوثق له به) أي : للمولى بالرهن ، قال في « حاشية الروض » : (ولا يقوم الضامن والكفيل مقامه)^(٢) .

قوله : (ويلزمه) أي : الولي غير القاضي على ما سيأتي بما فيه .

قوله : (الارتهان أيضاً) أي : كما يلزمه الارتهان فيما إذا ورث موليه ديناً مؤجلاً .

قوله : (على ما أقرضه) أي : من مال المولى .

قوله : (أو باعه مؤجلاً) أي : لمشتراً أمين غني وكان الرهن وافياً بالذمن ، قال في « النهاية » : (ويشترط الإشهاد ، وكون الأجل قصيراً عرفاً ، فإن فقد شرط من ذلك . . بطل البيع) انتهى^(٣) ، وما ذكره من اشتراط الإشهاد نقله في « الفتح » عن جماعة ، ثم قال : (وهو متجه مدركاً ، لكن الجمهور على أنه لا بطلان بتركه)^(٤) .

قوله : (لخوف عليه من نحو نهب) أي : والمرهون عنده لا يمتد الخوف إليه في الصورتين ، وكذا لغبطة ظاهرة ؛ بأن يبيع ماله عقاراً كان أو غيره بغطته . . فيلزمه لارتهان بالذمن ، قال في « النهاية » : (ورهن المكاتب وارتهانه كالولي فيما ذكر على الأصح من تناقض فيه ، ومثله المأذون له إن أعطاه سيده مالا أو لم يعطه وصار في يده ربح ، قال الزركشي : وحيث منعنا المكاتب . .

(١) حواشي الرمي على شرح الروض (١٥٤/٢) .

(٢) حواشي الرمي على شرح الروض (١٥٤/٢) .

(٣) نهاية المحتاج (٢٣٧/٤) .

(٤) فتح الجواد (٤٤٨/١) .

وَأَرْتِهَانُ الْقَاضِي جَائِزٌ لَا وَاجِبٌ ، وَكَذَا غَيْرُهُ إِنْ خَافَ تَلَفَ الْمَرْهُونِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُرْفَعُ لِحَنْفِي يَرَى سَقُوطَ الدَّيْنِ بِتَلَفِهِ

فيسثنى رهنه وارتهانه مع السيد وما لو رهن على ما يؤدي به النجم الأخير؛ لإفضائه إلى العتق^(١) .
قوله : (وارتهان القاضي جائز لا واجب) مبتدأ وخبر ، وخرج بـ (القاضي) : غيره فإن ارتهانه واجب كما تقرر ، قال في « الفتح » : (وزعم المصنف أنه جائز لغيره أيضاً ، وليس كذلك وإن تبعه غيره ، وعلى هذا التفصيل يحمل ما أفهمه كلام الشيخين هنا من الوجوب - أي : حيث قالوا : ويرتهن - وفي الحجر من الجواز)^(٢) أي : حيث قالوا : ويأخذ رهناً إن رآه^(٣) ؛ أي : فالأول لغير القاضي والثاني له ، وقال في « النهاية » : (والأوجه : الوجوب مطلقاً - أي : قاضياً أو غيره - والتعبير بالجواز لا ينافي الوجوب)^(٤) أي : لأنه جواز بعد منع فيصدق به ، وأن المراد بـ (الجائز) : ما ليس بحرام وهو صادق بالوجوب . (ع ش)^(٥) .

قوله : (وكذا غيره) أي : غير القاضي من أب ونحوه .
قوله : (إن خاف تلف المرهون) أي : الذي يأخذه من المدين أو المشتري ، فالأولى حينئذ : عدم الارتهان كما نقلوه عن الصيدلاني وأقروه^(٦) ، قال (ع ش) : (فيبيع - أي : ويقرض - للضرورة أو الغبطة ، ولا يأخذ رهناً . وليس المراد : أنه يمتنع عليه البيع)^(٧) أي : أو الإقراض ، تدبر .
قوله : (لأنه) أي : الحال والشأن .

قوله : (قد يرفع) أي : قد يرفعه الراهن المقترض أو المشتري .
قوله : (لحنفي يرى سقوط الدين بتلفه) أي : المرهون ، قال (ع ش) : (ولعله - أي : عدم الارتهان عند خوف التلف - إنما كان أولى ولم يكن واجباً ؛ لأن الأصل : عدم التلف مع وجود الغبطة في تحصيله أو الضرورة إليه .
هذا ؛ وقضية كونه أولى : أنه كذلك وإن دعت الضرورة إلى الارتهان ، ولو قيل بوجوبه . . لم يبعد) انتهى^(٨) .

(١) نهاية المحتاج (٢٣٧/٤ - ٢٣٨) .

(٢) فتح الجواد (٤٤٧/١) .

(٣) الشرح الكبير (٨٣/٥) ، روضة الطالبين (١٩١/٤) .

(٤) نهاية المحتاج (٢٣٧/٤) .

(٥) حاشية الشيرازي (٢٣٧/٤) .

(٦) انظر « روضة الطالبين » (٦٤/٤) .

(٧) حاشية الشيرازي (٢٣٧/٤) .

(٨) حاشية الشيرازي (٢٣٧/٤) .

(الرَّابِعُ : أَنْ يَكُونَ الْمَرْهُونُ عَيْنًا) ولو جزءاً مشاعاً ، ويُشترطُ إِذْنُ الشَّرِيكَ فِي قَبْضِ الْمَنْقُولِ فَقَطْ (فَلَا يَصِحُّ رَهْنٌ دِينٍ) ولو مَمَّنْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُقَدَّرٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ

قوله : (الرابع) أي : من الأمور الخمسة .

قوله : (أن يكون المرهون عيناً) أي : يصح بيعها ولو موصوفة بصفة السلم ، خلافاً للإمام ، كذا في « التحفة » و « النهاية »^(١) ، قال (ع ش) : (ظاهره : أنه لا يشترط في صحته عدم طول الفصل بينه وبين القبض على خلاف ما مر في المقرض^(٢) في الذمة ، وقد يفرق بأن الغرض من الرهن التوثق ، وما دام الدين باقياً في ذمة الراهن هو محتاج إلى التوثق . والغرض من القرض دفع الحاجة ، والغالب عدم بقائها مع طول الفصل) فليتأمل^(٣) .

قوله : (ولو جزءاً مشاعاً) أي : فيصح رهنه كرهن الكل ولو عند خير شريكه وإن قبل القسمة سواء كان الباقي للراهن أم لغيره وقبضه بقبض الجميع كما في البيع ؛ فيكون بالتخلية في غير المنقول ، وبالنقل في المنقول .

قوله : (ويشترط إذن الشريك) أي : فيما إذا رهنه لغيره .

قوله : (في قبض المنقول فقط) أي : لا في غيره ، فإن نقله بغير إذنه . . حصل قبضه وصارت حصة الشريك مضمونة على الراهن وعلى من هي تحت يده ، وقال السبكي : النقل يحصل به القبض سواء كان بإذن الشريك أم بغير إذنه ، لكنه لا يحل إلا بإذن ، فالموقوف على إذن الشريك في المنقول حل القبض لا صحته . « حاشية الروض »^(٤) .

قوله : (فلا يصح رهن دين) أي : ابتداء لا دوماً ؛ لقوله الآتي : (نعم ؛ قد يكونان . . .) إلخ .

قوله : (ولو ممن عليه) أي : المدين ، ولعل الغاية للتعميم فإني لم أر الخلاف فيه ، وأما أصل رهن الدين . . ففيه خلاف ؛ ففي « المغني » : (والثاني : يصح رهنه - أي : الدين - تنزيلاً له منزلة العين) فليراجع^(٥) .

قوله : (لأنه غير مقدور على تسليمه) أي : الدين ، ووجهه : أد، الرهن لا يلزم إلا بقبض

(١) تحفة المحتاج (٥/٥٤) ، نهاية المحتاج (٤/٢٣٨) .

(٢) في الأصل : (الرهن) ، ولعل الصواب ما أثبت من « حاشية الشبراملسي » (٤/٢٣٨) ، والله تعالى أعلم .

(٣) حاشية الشبراملسي (٤/٢٣٨) .

(٤) حواشي الرملي على شرح الروض (٢/١٤٥) .

(٥) مغني المحتاج (٢/١٦١) .

(وَمَنْعَةٍ) إِذْ لَا يُوثَقُ بِهَا ؛ لِانْعِدَامِهَا . نَعَمْ ؛ قَدْ يَكُونَانِ رَهْنًا كَأَنْ جُنِيَ عَلَى الْمَرْهُونِ ؛ فَإِنْ بَدَّلَهُ فِي ذِمَّةِ الْجَانِي مُحْكُومٌ عَلَيْهِ

المرتهن ، وقبضه هنا لا يصادف ما تناوله العقد ؛ لأنه فرع عن أخذه له ، وإذا أخذه . . خرج عن أن يكون ديناً ، وفي « التحفة » و « النهاية » : (لأنه - أي : الدين - قبل قبضه لا وثوق به وبعده لم يبق ديناً)^(١) .

قوله : (ومنفعة) أي ولا يصح رهن منفعة ولو بحال ، قال في « المغني » : (جزماً ؛ كأن يرهن سكنى دار مدة ، قل : ومحل المنع في الابتداء . . .) إلخ^(٢) ، وسيأتي آنفاً هنا في : (نعم . . .) إلخ .

قوله : (إذ لا يوثق بها) يعني : لا يحصل بها وثوق .
قوله : (لانعدامها) أي : لأنها تتلف شيئاً فشيئاً ، قال (سم) : (فيه نظر بالنسبة للعمل الملتزم في الذمة مثلاً ، بل وبالنسبة لمنفعة ملك الراهن ؛ كأن يرهن منفعة سكنى داره سنة من غير تعيين السنة) انتهى^(٣) . - أجب بأن المنفعة المتعلقة بالذمة من قبيل الدين ، وقد تقدم : أنه لا يصح رهنه والمبهمة لا يصح رهنها ؛ لعدم التعيين ، تأمل^(٤) .

قوله : (نعم ؛ قد يكون رهنًا) استدراك على عدم صحة رهن الدين والمنفعة ، وعبرة غيره : (والكلام في إنشاء الرهن ، فلا ينافي كون المرهون - أي : والمنفعة - ديناً بلا إنشاء كما لو جنى عليه . . .) إلخ^(٥) .

قوله : (كأن جنى على المرهون) تمثيل لكون الدين رهنًا .
قوله : (فإن بدله في ذمة الجاني) أي : وإن كان الجاني هو المرتهن . . فيكون ما وجب عليه رهنًا له ، ولا محذور فيه كما هو ظاهر ؛ إذ فائدته : صونه عن تعلق الغرماء به ، أو كان هو الراهن ؛ لأن سبق الرهن تقتضى وجوب رعاية وجوده لوجود بدله ، ويلزم من وجوده في الذمة الحكم عليه بالرهنية ليتم الوثوق المقصود ، تأمل .
قوله : (محكوم عليه : أي : البذل .

(١) تحفة المحتاج (٥٥/٥) ، نهاية المحتاج (٢٣٨/٤) .

(٢) مغني المحتاج (١٦١/٢) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٥٥/٥) .

(٤) انظر « حاشية الشيرازي » (٢٣٨/٤) .

(٥) انظر « أسنى المطالب » (١٤٤/١) .

بأنه رهن ، وكأن مات مدين وله منفعة . . فإنها مرهونة . (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ عَيْنًا - وَلَوْ نَقْدًا - لِيَرْهَنَهَا)

قوله : (بأنه رهن) أي : فيصير رهناً مكانه من غير إنشاء عقد وإن امتنع رهن الدين ابتداء ؛ لقيامه مقامه ، ولأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ، ويجعل بيد من كان الأصل بيده رهنًا أو مرتين أو أجنبيًا ، وإنما احتاج بدل الموقوف المتلف إلى شراء مثله به ؛ لأن القيمة لا يصح وقف عينها ، بخلاف رهنه .

قوله : (وكأن مات مدين وله منفعة) هذا تمثيل لكون المنفعة رهنًا .

قوله : (فإنها مرهونة) أي : بدينه ، وعبرة « التحفة » : (ومن مات مدينًا وله منفعة أو دين . . تعلق الدين بتركته ، ومنها دينه ومنفعته تعلق رهن) انتهى^(١) . وسيأتي الكلام على هذا مبسوطاً .

قوله : (ويجوز) أي : إجماعاً كما في « التحفة » و « النهاية »^(٢) .

قوله : (أن يستعير عيناً . .) إلخ ، ظاهره : ولو كان المعير الدائن ، لكن بحث (ع ش) خلافه قال : (فلا يصح الرهن في هذه الحالة ؛ لعدم انطباق ضابط الرهن عليه ؛ لأنه في هذه الصورة كأنه رهن ماله ليستوفي منه ماله ولا معنى له)^(٣) .

قوله : (ولو نقداً) أي : دراهم أو دنانير فيصح إعارتها للرهن كما اعتمده الأسنوي وغيره ، واعترض بأن شرط العارية إمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وهذا يوفى منه الدين فيتلف فلم يكن الانتفاع مع بقاء عينه ، وأجيب بأنه ينتفع هنا بالعارية بالتوثق وهو ممكن مع بقاء العين ، وأما تلفها بتوفية الدين منها . . فلا يؤثر ؛ وإلا . . لم يصح استعارة غير النقد للرهن ؛ لأنه يتلف ببيعه ، والتوفية من ثمنه^(٤) ، قال (ع ش) : (ثم بعد حلول الدين إن وفى المالك . . فظاهر ، وإن لم يوف . . بيع النقد بجنس حق المرتهن إن لم يكن من جنسه ، فإن كان من جنسه . . جعل له عوضاً من دينه بصيغة تدل على نقل الملك)^(٥) .

قوله : (ليرهنها) أي : العين بدينه ، متعلق بـ (يستعير) .

(١) تحفة المحتاج (٥٥/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٦٠/٥) ، نهاية المحتاج (٢٤٤/٤) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢٤٤/٤) .

(٤) انظر « حاشية ابن قاسم على الغرر » (٢١٠/٥) .

(٥) حاشية الشبراملسي (٢٤٥/٤) .

لَأَنَّ الْقَصْدَ التَّوَثُّقُ ، وَهُوَ حَاصِلٌ بِهَا . وَلَوْ قَالَ مَالِكُهَا : أَرْهَنْهَا بِدَيْنِكَ . . كَفَى وَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ بِالْعَارِيَّةِ . وَإِنَّمَا يَجُوزُ ذَلِكَ (إِذَا بَيَّنَّ جِنْسَ الدَّيْنِ) وَنَوْعَهُ (وَقَدْرَهُ وَصِفَتَهُ) مِنْ حُلُولٍ وَأَجَلٍ (وَالْمُرْتَهَنَ)

قوله : (لأن القصد) أي : من الرهن ؛ تعليل للجواز .

قوله : (التوثق وهو حاصل بها) أي : بالعين المعارة ؛ بدليل الإشهاد والكفالة فإن كلاً منهما يحصل به التوثق مع كونه ليس ملكاً للشارط ، فالعارية هنا مثله ، بخلاف بيع ملك غيره لنفسه لا يصح ؛ لأن البيع معاوضة فلا يملك الثمن من لا يملك المثل .

قوله : (ولو قال مالكتها) أي : العين .

قوله : (ارهنها بدینك كفى وإن لم يصرح بالعارية) أي : وكذا إن كانت ضمنية كما في « التحفة » و « النهاية » ، قالوا : (كما لو قال لغيره : ارهن عبدك على ديني ففعل . . فإنه كما لو قبضه ورهنه)^(١) ، قال (ع ش) : (لو اختلف المالك والراهن في الإذن له في وضع يده عليه ورهنه وعدمه . . فالظاهر : تصديق المالك ؛ لأن الأصل : عدم الإذن له في القبض ، وعليه : فإذا تلف المرهون . . ضمن بأقصى القيم)^(٢) .

قوله : (وإنما يجوز ذلك) أي : استعارة العين للرهن ، وهذا دخول على المتن .

قوله : (إذا بين جنس الدين ونوعه) أي : ككونه ذهباً أو فضة ، ونقل عن « الإسهاد » : أن علم المالك بذلك مغن عن بيانه ، فليراجع^(٣) .
قوله : (وقدره) أي : الدين كعشرة أو ألف .

قوله : (وصفته من حلول وأجل) أي : وصحة وتكسر قال الحلبي : (ومن ذلك كونه عن دين القرض أو غيره فيما لو كانا عليه فلا بد من تعيينه) .

قوله : (والمرتهن) أي : ككونه زيداً أو عمراً ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (وكونه واحداً أو متعدداً) انتهى^(٤) ، قيل : (قد يتضمنه معرفة المرتهن)^(٥) ، ورد بجواز أن يعرف المرتهن بكونه بعض جماعة معينين ؛ كأن يقال : (زيد وعمرو وبكر ارهن عند بعضهم) فقد عرفهم

(١) تحفة المحتاج (٦٠/٥) ، نهاية المحتاج (٢٤٤/٤) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٢٥٠/٤) .

(٣) انظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (١٤٩/٢) .

(٤) تحفة المحتاج (٦١/٥) : نهاية المحتاج (٢٤٦/٤) .

(٥) انظر « حاشية ابن قاسم على التحفة » (٦١/٥) .

لاختلاف غرض المعير بكل ذلك ، فإن خالف . . بطل إلا إن نقص عن الدين الذي عينه ، ثم هذه الإعارة ضمان من المعير للدين المرهون به

إجمالاً ، ولا بد من تعيين المرتهن بكونه واحداً أو متعدداً ، فليتأمل^(١) .

قوله : (لاختلاف غرض المعير بكل ذلك) أي : كما في الضمان .

نعم ؛ نقل عن « الجواهر » : أنه لو قال له : ارهن عبدي بما شئت . . صح أن يرهنه بأكثر من قيمته . انتهى^(٢) ، وظاهره : وإن لم يكن معتاداً ، بخلاف نظيره في العارية ، و فرق (ع ش) بينهما بأن الانتفاع في المعار بغير المعتاد يعود منه ضرر على المالك ، بخلاف الرهن بأكثر من قيمته لا يعود ضرر عليه ؛ إذ غايته : أن يباع في الدين وما زاد على ثمنه باق في ذمة المستعير^(٣) .

قوله : (فإن خالف) أي : المستعير شيئاً من ذلك ولو بأن عين له زيباً فرهن من وكيله أو عكسه كما بحث ؛ وأيد بما في (الوكالة) : أنه لو وكله لبيع من زيد فباع من وكيله . . لم يصح ، أو عين له ولي محجور فرهن منه بعد كماله ، أو عين له فاسقاً فرهن من عدل .

قوله : (بطل) أي : لم يصح ، ولا يمنع من ذلك التعبير بالماضي ؛ لأن الأفعال في عبارة المصنفين مجردة عن الزمان مراد منها : مجرد الحدوث ؛ فكأنه قيل : فهو باطل . (ع ش)^(٤) .

قوله : (إلا إن نقص عن الدين) أي : عن قدره .

قوله : (الذي عينه) أي : كأن عين له ألف درهم فرهن بمئة . . فلا يبطل ؛ لرضا المعير به في ضمن رضاه بالأكثر ، قيل : وكما إذا استعاره بمؤجل إلى شهر فرهنه إلى شهرين ، ونازعه ابن قاسم فيه وقال : (ينبغي ألا يجوز ؛ لاختلاف الغرض ؛ لأن المعير قد يقدر على تخليصه بفكه في الزمن الذي عينه دون غيره) تدبر .

قوله : (ثم هذه الإعارة) أي : إعارة العين للرهن ، فهو مرتبط بقول المتن السابق : (ويجوز . . .) إلخ .

قوله : (ضمان من المعير للدين المرهون به) هذا هو الأظهر كما في « المنهاج »^(٥) ، وقيل : إنها باقية على حكم العارية وإن بيع ؛ لأنه قبضه بإذنه لينتفع به .

(١) انظر « حاشية الشبراملي » (٢٤٦/٥) .

(٢) انظر « نهاية المحتاج » (٢٤٥/٤) .

(٣) حاشية الشبراملي (٢٤٦/٤) .

(٤) حاشية الشبراملي (٢٤٦/٤) .

(٥) منهاج الطالبين (ص ٢٤٣) .

في العينِ الْمُستَعَارَةِ لِلرَّهْنِ ، فلا يَتَعَلَّقُ الَّذِيْنُ بِذِمَّتِهِ ، ولا يَحِلُّ بِمَوْتِهِ ، ولا يَلْزُمُهُ أَداؤُهُ لو تَلَفَتْ العينُ ، ولا يَلْزَمُ رَهْنُهَا إِلَّا إِذَا قَبِضَهَا الْمُرْتَهَنُ ، فليسَ لِلْمُعِيرِ الرَّجُوعُ بَعْدَهُ ، وبِهِ يَصِيرُ الْمُرْتَهَنُ أَمَانَةً ، وينتَقِطُ حُكْمُ الْعَارِيَةِ مِنَ الضَّمَانِ وَغَيْرِهِ

قوله : (في العين المستعارة للرهن) أي : لأنه كما يملك أن يلزم ذمته بدين غيره ينبغي أن يملك إلزام ذلك عين ماله ؛ لأن كلاً منهما محل حقه وتصرفه ، ولأن الانتفاع هنا إنما يحصل بإهلاك العين ببيعها في الدين فلم تكن عارية ، ثم إننا رأينا الرهن قد لزم بالقبض مع براءة ذمة المالك فلم يكن له محل غير الضمان في رقبة ما أعطاه ، تأمل .

قوله : (فلا يتعلق الدين بذمته) أي : المعير كما لا يتعلق بذمة الضامن .

قوله : (ولا يحل الدين بموته) أي : المعير كذلك ، بخلاف موت الراهن الذي هو المدين كما سيأتي .

قوله : (ولا يلزمه أداؤه) أي : لا يلزم المعير أداء الدين .

قوله : (لو تلفت العين) أي : المستعارة للرهن كذلك أيضاً .

قوله : (ولا يلزم رهنها) أي : العين المستعارة .

قوله : (إلا إذا قبضها المرتهن) أي : لا قبله ، فللمعير الرجوع حينئذ ؛ لعدم تمام الضمان ، وعدم لزوم الرهن ، ثم للمرتحن فسخ بيع شرط فيه الرهن إن جهل كونه معاراً أو أن لمالكه الرجوع فيه ، بخلاف ما إذا علم ذلك .

قوله : (فليس للمعير الرجوع بعده) أي : بعد القبض ، فلو جاز له الرجوع حينئذ . . لم يكن لهذا الرهن معنى ؛ إذ لا وثوق به .

قوله : (وبه) أي : بقبض المرتهن .

قوله : (يصير المرتهن) بفتح الهاء ؛ أي : المعار المرهون .

قوله : (أمانة) أي : يد المرتهن .

قوله : (وينقطع حكم العارية من الضمان وغيره) أي : فلو تلف في يد المرتهن . . لم يضمنه ؛ لأنه أمين ، ولا راهن ؛ لأنه لم يسقط الحق عن ذمته ، وكذا لو بيع في الجناية ، قال في « البهجة » :

[من الرجز]

جناية فمهدر كالتلف^(١)

وإن جنى في يده فيبيع في

وإذا حلَّ الدينُ . . ألزمَ المعيرُ المستعيرَ بفكِّه ، والمرتهنَ بطلبِ دينه ، فإن لم يؤدِّ الرَّاهنُ . . رُوجِعَ المعيرُ ؛ فقد يُريدُ فداءَ عينه ، فإن بيعَ ولو بإذنه . . رجَّعَ على الرَّاهنِ بما يبيعَ به

قال في « التحفة » : (نعم ؛ إن رهن فاسداً . ضمن بالتسليم على ما قاله غير واحد ؛ لأن المالك لم يأذن له فيه ، ولأنه مستعير ، وهو ضامن ما دام لم يقبضه عن جهة رهن صحيح ولم يوجد ، ويلزم من ضمانه تضمين المرتهن ؛ لترتب يده على يد ضامنة ، ويرجع عليه إن لم يعلم الفساد وكونها مستعارة)^(١) .

قوله : (وإذا حل الدين) أي : أو كان حالاً وأمهله المرتهن .

قوله : (ألزم المعير المستعير بفكِّه) أي : المرهون تمكيناً له من تخيص ملكه ، بخلاف ما إذا كان الدين مؤجلاً ولم يحل . . فلا يجوز له إجبار المستعير على فكِّه ؛ كما لو ضمن ديناً مؤجلاً . . لا يطالب الأصيل بتعجيله لتبرأ ذمته .

قوله : (والمرتهن بطلب دينه) أي : وألزم المعير المرتهن بمطالبة دينه ليأخذه فينفك الرهن أو برد المرهون إليه ؛ كما لو ضمن ديناً مؤجلاً ومات الأصيل . . فللضامن أن يقول للمضمون له : طالب بحقك أو أبرئني .

قوله : (فإن لم يؤد الرَّاهن) أي : الدين ؛ بأن طالب المرتهن الرَّاهن وامتنع من أداء الدين .

قوله : (روجع المعير) أي : استؤذن المالك المعير في البيع .

قوله : (فقد يريد) أي : المعير .

قوله : (فداء عينه) أي : المعار ، ولأنه لو رهن على دين نفسه . . لوجب مراجعته فهنا أولى ، فإن لم يأذن ولم يوف الدين . . بيع عليه وإن كان الرَّاهن موسراً ؛ كما لو ضمن في ذمته . . فإنه يطالب وإن كان الأصيل موسراً .

قوله : (فإن بيع) أي : المرهون المعار .

قوله : (ولو بإذنه) أي : المعير ، وعبارة « الفتح » : (ولو بغير إذن)^(٢) ، ولعله الأصوب ، فليتأمل .

قوله : (رجع على الرَّاهن) أي : رجع المالك على الرَّاهن .

قوله : (بما بيع به) أي : بقدر ثمنه ، وإلا . . فالثمن يأخذه المرتهن لا بقيمته ؛ كما أن الضامن يرجع بما أداه لا بقيمته ، ولأنه ثمن ملكه وقد صرفه إلى دين الرَّاهن فيرجع به سواء زاد

(١) تحفة المحتاج (٦١/٥) .

(٢) فتح الجواد (٤٤٩/١) .

وتجري هذه الأحكام فيما لو رهن ماله بدين غيره عنه ، أو ضمنه في رقة ماله بإذنه . (الخامس :
أن يكون المرهون به ديناً ثابتاً لازماً)

عليها أم نقص عنها بقدر يتعابن به ، ولا يتصور أكثر منه ؛ لأن البيع هنا إنما هو بضمن المثل ، تأمل .
قوله : (وتجري هذه الأحكام) أي : المذكورة من قوله : (وإذا حل الدين . . .) إلى هنا ،
ويمكن أن يقال : من قول المتن : (ويجوز . . .) إلخ ، تأمل .

قوله : (فيما لو رهن ماله بدين غيره عنه) أي : كما لو كان لإنسان مال ورهنه في دين إنسان
عنه ؛ كرهنتك عبدي بدينك على فلان .

قوله : (أو ضمنه في رقة ماله) أي : كضمنت ما لفلان عليك في رقة عبدي هذا .
قوله : (بإذنه) أي : المدين ، وهذا قيد للصورتين معاً ، لكنه بالنسبة لنحو الرجوع لا للصحة
فإنهما تصحان وإن لم يأذن .

نعم ؛ تردد الإمام في الثانية قال : لعدم قبول المضمون عنه^(١) ، ويجوز اعتبار القبول في
الضمان المتعلق بالعين كالمرهون وإن لم يعتبر في ضمان الذمة ، وأجاب الشارح بأنه إنما اعتبر
القبول في المرهون ؛ لأن الرهن عقد محض ، والضمان هنا ليس كذلك ، بل شائبة شبهه بالضمان
أقوى فغلبت ، فليتأمل .

قوله : (الخامس : أن يكون المرهون به) الباء بمعنى : (على) أو سببية ، قاله الجمل^(٢) .
قوله : (ديناً) أي : ولو زكاة تعلقت بالذمة ، ويحمل القول بالمنع على عدم تعلقها بها ، أو
منفعة ؛ كالعمل في إجارة الذمة ؛ لإمكان استيفائه ببيع المرهون وتحصيله من ثمنه ، لا إجارة
العين ؛ لتعذر استيفائه من غير المعين وإن بيع المرهون . « نهاية »^(٣) .
قوله : (ثابتاً) أي : وجوداً حالاً .

قوله : (لازماً) أي : في نفسه من طرفي الدائن والمدين ؛ كضمن المبيع بعد الخيار دون دين
الكتابة ، قال جمع - منهم : الأسنوي - : ولا يغني عن الثابت ذكر اللازم ؛ لأن الثبوت معناه :
الوجود في الحال ، واللزوم وعدمه صفة للدين في نفسه لا يتوقف صدقه على وجود الدين ؛ كما
يقال : دين القرض لازم دين الكتابة ، فلو اقتصر على اللازم . . لورد عليه ما سيقرضه ونحوه مما
لم يثبت ، وقال ابن الصلاح : دلالة الالتزام لا يكتفى بها في المخاطبات ، وهما وصفان مقصودان

(١) نهاية المطلب (٦/٢١٤) .

(٢) فتوحات الوهاب (٣/٢٧٤) .

(٣) نهاية المحتاج (٤/٢٤٨) .

مَعْلُومًا ، فَلَا يَصِحُّ) الرَّهْنُ (بِعَيْنٍ) ولو مضمونة ؛ لَأَنَّهَا لَا تُسْتَوْفَى مِنْ ثَمَنِ الْمَرْهُونِ ، فَخَالَفَ غَرَضَ الرَّهْنِ عِنْدَ الْبَيْعِ (وَلَا بِمَا سَيَقْرُضُهُ) وَنَحْوِهِ

يحترز بهما عن عدم الثبوت واللزوم ، قال في « الغرر » : (وبالجمله : فلا يصح الرهن إلا بثابت لازم) تأمل^(١) .

قوله : (معلوماً) أي : للعاقدين ، قيل : ينبغي اعتبار كونه معيناً حتى لا يصح بأحد الدينين ، وأجيب بأن ذلك مستفاد من كونه معلوماً ؛ إذ لا علم مع الإبهام ، فلي تأمل .

قوله : (فلا يصح الرهن بعين) أي : بسبب عين ، وهذا محترز قوله : (ديناً) وذلك كالوديعة والوقف ، وهذا لا خلاف فيه ، قال في « التحفة » : (وبه علم بطلان ما اعتيد من أخذ رهن من مستعير كتاب موقوف ، وبه صرح الماوردي ، وإفتاء القفال بلزوم شرط الواقف ذلك والعمل به مردود بأنه رهن بالعين ؛ لا سيما وهي غير مضمونة لو تلفت بلا تعد ، وبأن الراهن أحد المستحقين ، وهو لا يكون كذلك)^(٢) .

قوله : (ولو مضمونة) أي : في الأصح ؛ كالمأخوذة بالسوم أو ببيع الفاسد ، والمغصوبة والمستعارة ، والحق بها ما يجب رده فوراً ؛ كالأمانة الشرعية .
قوله : (لأنها) أي : العين .

قوله : (لا تستوفى من ثمن المرهون) أي : لكونها باقية ، واعتراض بأنها قد تلفت ويستوفى قيمتها ، ورد بأن قيمتها حين العقد لم تثبت ؛ فهو رهن على غير ثابت .

قوله : (فخالف غرض الرهن عند البيع) أي : من استيفاء الدين من ثمن المرهون ، قال في « الغرر » : (وفرقوا بينه وبين [صحة] ضمان العين المضمونة بأن ضمانها لا يجر إلى ضرر إذا لم تتلف ، بخلاف الرهن بها فإنه يجر إلى ضرر دوام الحجر في المرهون ، وبأن الضامن للعين يقدر على تخليصها فيحصل المقصود بالضمان ، وحصولها من ثمن المرهون لا يتصور) تأمل^(٣) .

قوله : (ولا بما سيقرضه) أي : ولا يصح الرهن بما سيقرضه ؛ أي : رهن شخص على ما سيقرضه شخص آخر ، ولو قال : سيقرضه . . لكان أحسن^(٤) ، وهذا محترز قوله : (ثابتاً) .
قوله : (ونحوه) أي : كالذي سيشتري به .

(١) الغرر البهية (٢١٩/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٦٤/٥) .

(٣) الغرر البهية (٢٢٠/٥ - ٢٢١) .

(٤) انظر « حاشية الشرواني » (٦٥/٥) .

وإن جرى سبب وجوبه كنفقة الغد ؛ لأنه وثيقة حق فلا تتقدم عليه كالشهادة . (و) لا (بدین
الجعالة قبل الفراغ من العمل) ولو بعد الشروع فيه

قوله : (وإن جرى سبب وجوبه) أي : الدين غير الثابت .

قوله : (كنفقة الغد) أي : نفقة الزوجة غداً فإنها لا يصح رهنها لكونها غير ثابتة الآن .

قوله : (لأنه) أي : الرهن ؛ تعليل للمتن .

قوله : (وثيقة حق فلا تتقدم عليه كالشهادة) أي : فلو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه . . كان
مأخوذاً على جهة سوم الرهن ، فإذا استقرض أو اشترى منه . . لم يصبر رهنًا إلا بعقد جديد .
نعم ؛ قد يغتفر تقدم أحد شقي الرهن على ثبوت الدين لحاجة التوثق ؛ وذلك بأن يمزج
الرهن بسبب ثبوت الدين بالبيع أو القرض بشرط تأخر طرفي الرهن ، ولذا قال ابن الوردي في
« البهجة » :

وَيَمِزُجُ الرهن ببيع من يرى والقرض لكن طرفاه أخراً^(١)
يعني : أخر أحدهما عن طرف الآخر والآخر عن أحدهما فقط ، فيقول : بعثك هذا بكذا ، أو
أقرضتك كذا وارتهنت به عبدك ، فيقول الآخر : ابتعت ، أو اقترضت ورهنت ، وإنما جاز ذلك ؛
لأن شرط الرهن فيهما جائز ، فمزجه أولى ؛ لأن التوثق فيه أكد ؛ إذ قد لا يفي بالشرط ، واغتفر
تقدم أحد طرفيه على ثبوت الدين ؛ لحاجة التوثق كما تقرر .

قوله : (ولا بدین الجعالة) أي : ولا يصح الرهن بجعل الجعالة ، وهذا محترز قوله :
(لازماً) ، واحترز منه أيضاً نجوم الكتابة فإنه لا يصح الرهن بها ؛ لأن الرهن للتوثق والمكاتب
متمكن من إسقاط النجم متى شاء فلا معنى لتوثيقه .

قوله : (قبل الفراغ من العمل) أي : لأن لعاقديها فسخها حينئذ ، فيسقط به الجعل وإن لم
يُجَاعِلْ بفسخه وحده أجرة مثل العمل ، قال في « المغني » : (وصورة المسألة : أن يقول : من رد
عبدي . . فله دينار ، فيقول شخص : اتني برهن وأنا أرد ، ومثله : إن ردتته . . فلك دينار ،
وهذا رهن به ، أو من جاء به . . فله دينار ، وهذا رهن به)^(٢) .

قوله : (ولو بعد الشروع فيه) أي : في العمل ، وقيل : يجوز حينئذ ؛ لانتهاء الأمر فيه إلى
اللزوم كالثمن في مدة الخبر ، ورد بأن الأصل في البيع : اللزوم ؛ إذ القصد منه الدوام ، بخلاف
الجعالة .

(١) بهجة الحاوي (ص ٩٢)

(٢) مغني المحتاج (١٦٧ / ٢) .

وفارق الثمن في زمن الخيار إذا ملك المشتري المبيع ؛ بأن كان الخيار فيه له فقط ، بأن موجب البيع وقد تم ، وموجب الجعل العمل ولم يتم ، أما بعد الفراغ . . فيصح ؛ للزوم الدين

قوله : (وفارق الثمن في زمن الخيار) أي : فارق عدم صحة الرهن بدين الجعالة الرهن بالثمن في مدة الخيار فإنه يصح كما صرحوا به .

قوله : (إذا ملك المشتري المبيع) قيد لجواز الرهن بالثمن في ذلك ، قال في « الأسنى » : (ليملك البائع الثمن)^(١) .

قوله : (بأن كان الخيار فيه له فقط) خرج به : خيارهما ؛ لأنه موقوف ، وخيار البائع وحده ؛ لأنه باق على ملك المشتري كما مر ثم ، ولذلك قال بعضهم : لا ينفذ الرهن في هاتين الحالتين بلا خلاف وإن أذن له البائع ، أفاده الشارح في « الإيعاب » .

قوله : (بأن موجب البيع) متعلق بـ (فارق) ، والضمير راجع لـ (الثمن) .

قوله : (وقد تم) أي : البيع فصح الرهن بثمنه .

نعم ؛ لا يبيع المرهون إلا بعد انقضاء الخيار كما في « التحفة » وغيرها^(٢) ، قال (ع ش) : (بأن كان الثمن حالاً أو مؤجلاً وتوافقاً على بيعه ثم تعجيله بشرط ألا يجعل الإذن مشروطاً بإرادة التعجيل ؛ إذ لو أذن في بيعه ليعجل المؤجل من ثمنه . . لم يصح) انتهى ملخصاً مع تصرف^(٣) .

قوله : (وموجب الجعل العمل ولم يتم) من تنمة الفرق ، وفرق أيضاً بأن وضع الثمن على اللزوم ؛ أي : يؤول إليه بنفسه ، بخلاف الجعل ، قال في « الغرر » : (بل لم يثبت شيء منه في بعض صورته)^(٤) ، قال ابن قاسم : (يحتمل أنه إشارة إلى أن ما يحصل فيه المقصود شيئاً فشيئاً ؛ كالخياطة والبناء يثبت فيه بعض الجعل بفعل بعضه وإن لم يلزم إلا بالفراغ منه ، وما لا يحصل منه المقصود إلا دفعة ؛ كرد الأبق والضال لا يثبت فيه شيء إلا بعد الفراغ ، فليراجع)^(٥) .

قوله : (أما بعد الفراغ) أي : من العمل ، لهذا مقابل قول المتن : (قبل الفراغ من العمل) .

قوله : (فيصح) أي : الرهن بجعل الجعالة .

قوله : (للزوم الدين) أي : الجعل بالفراغ ، ويصح الرهن بالصدّاق قبل الدخول وإن كان غير

(١) أسنى المطالب (١٥١/٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٦٦/٥) .

(٣) حاشية الشيرازي (٢٥٢/٤ - ٢٥٣) .

(٤) الغرر البهية (٢٢٢/٥) .

(٥) حاشية ابن قاسم على الغرر (٢٢٢/٥) .

ولم يصريح بمحترز : (معلوماً) لظهوره ، فلو جهله أحدهما . . لم يصح كقوله : من درهم إلى عشرة ، بخلاف ضمانه

مستقر ؛ كالثمن قبل قبض المبيع ، ويمال المسابقة لا بالدية قبل الحلول ؛ لأنها لم تثبت ، ولهذا : تسقط بطرو الموت والجنون ، بخلافها بعد الحلول ؛ لثبوتها في الذمة ، ويصح زيادة رهن على رهن بدين واحد ؛ لأنه زيادة توثقة ، فهو كما لو رهنهما معاً ، لا زيادة دين على دين برهن واحد وإن وفى بهما ، قال في « البهجة » :

والرهن فوق الرهن زد بدين لا الدين فوق الدين بالرهن^(١)
والفرق بينهما : أن ذلك شغل فارغ فهو زيادة في التوثقة ، وهذا شغل مشغول فهو نقص منها .
نعم ؛ لو فدى المرتهن مرهوناً جنى ليكون مرهوناً بالفداء أيضاً . . جاز ؛ لأن فيه مصلحة حفظ الرهن .

قوله : (ولم يصرح) أي : المصنف رحمه الله تعالى .
قوله : (بمحترز معلوماً) أي : قوله السابق : (معلوماً) .
قوله : (لظهوره) أي : المحترز .
قوله : (فلو جهله) أي : المرهون به ؛ تصريح بذلك المحترز .
قوله : (أحدهما) أي : الراهن والمرتهن أو كلاهما كما علم من باب أولى ، قال في « التحفة » : (أو رهن بأحد الدينين)^(٢) أي : من غير تعيين .
قوله : (لم يصح) أي : الرهن كما في الضمان ، ذكره المتولي وغيره ، ونص « الأم » يشهد له . « أسنى » و « مغني »^(٣) .
قوله : (كقوله : من درهم إلى عشرة) أي : كقول الراهن : رهنتك هذا بما علي من درهم إلى عشرة فإنه لا يصح .

قوله : (بخلاف ضمانه) أي : فإنه لو ضمن من درهم إلى عشرة . . فإنه يصح ويكون ضامناً لتسعة ، وهذه التفرقة بين الرهن والضمان منقولة عن ابن خيران ، وأقره الزركشي^(٤) ، وجزم به الشارح هنا كـ « الفتح »^(٥) ، لكن الذي اعتمده في « التحفة » و « النهاية » : أنه لا فرق بينهما في

(١) بهجة الحاوي (ص ٩٢)

(٢) تحفة المحتاج (٦٣/٥) .

(٣) أسنى المطالب (١٥١/٢) ، مغني المحتاج (١٦٦/٢) .

(٤) انظر « أسنى المطالب » (١٥١/٢) .

(٥) فتح الجواد (٤٥١/١) .

(فَصْلٌ)

في أحكام الرهن

(لَا يَلْزَمُ الرَّهْنُ إِلَّا بِقَبْضِهِ) أي : المرهون ، فللرَّاهِنِ قَبْلُهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِنَحْوِ الْبَيْعِ ، وَالْهَبَةِ
وَالرَّهْنِ إِنْ قُبِضَ ،

الصحة ؛ وعلاؤه بأن المؤثر هنا الجهل والإبهام وهما متفتيان فإن تلك العبارة مرادفة شرعاً لقوله :
بتسعة مما علي ، وهذا صحيح بلا نزاع ، فكذا ما هو بمعناه ، فليتأمل^(١) ، والله سبحانه وتعالى
أعلم .

* * *

قوله : (فصل : في أحكام الرهن) أي : كلزومه بالقبض ، وكون اليد فيه للمرتهن ، وتقديمه
على سائر الغرماء وغيرها مما سيأتي .

قوله : (لا يلزم الرهن) أي : من جهة الراهن ، أما من جهة المرتهن . . فلا يلزم بحال ، وهذا
إن ارتهن لنفسه ، أما لو ارتهن لغيره كطفله . . فليس له الفسخ ؛ لما فيه من تفويت حظ على الطفل .
قوله : (إلا بقبضه ؛ أي : المرهون) أي : قبض المرتهن للمرهون .
قوله : (فللراهن قبله) أي : يجوز له قبل القبض .
قوله : (التصرف فيه) أي : المرهون .

قوله : (بنحو البيع والهبة) أي : من كل ما يزيل الملك ؛ كالإعتاق والوقف .
قوله : (والرهن) أي : ولو لذلك المرتهن ؛ كأن رهنه عنده أولاً على دين القرض ثم رهنه عنده
ثانياً على دين آخر . . فينفسخ الرهن الأول به ، بخلاف ما لو رهنه عند المرتهن بعد القبض . . لا بد
لصحته من فسخ العقد الأول ثم إنشاء عقد آخر إن أراد ؛ لأنه لزم من جهة الرهن بإقباضه فلم يقدر
على إبطاله برهنه ثانياً ، بخلاف ما قبل القبض فإنه متمكن من فسخه متى شاء وكان الرهن اللاحق
فسخاً للأول ، فليتأمل .

قوله : (إن قبضاً) أي : الهبة والرهن ، بخلاف غير المقبوض منهما ، هذا ما اعتمده
الشارح في « التحفة »^(٢) ، وخالفه الرملي فاعتمد بأنه لا فرق في كل منهما بين المقبوض
وغيره^(٣) .

(١) تحفة المحتاج (٦٣/٥) ، نهاية المحتاج (٢٤٩/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٧٠/٥) .

(٣) نهاية المحتاج (٢٥٦/٤) .

وبذلك ينفسخ ، بخلاف نحو الإجارة ، والتزويج ، وموت العاقد . وإنما يفيد القبض اللزوم إن كان (بإذن المالك) لأهل لكونه مكلفاً مختاراً رشيداً ، ويشترط في القبض هنا ما مر في البيع ؛ وذلك

قوله : (وبذلك) أي : بالتصرف قبل القبض بنحو البيع .

قوله : (ينفسخ) أي : الرهن ؛ لتعلق حق الغير بالعين ، وكذا بالكتابة والتدبير ؛ لأن مقصوده العتق وهو مناف للرهن .

قوله : (بخلاف نحو الإجارة) أي : ولو حل الدين المرهون به قبل انقضائها ؛ لأن رهن المؤجر وبيعه صحيحان .

قوله : (والتزويج) أي : إذ لا تعلق له بمورد العقد الذي هو الرقبة ، ومن ثم جاز ابتداء رهن المزوجة .

قوله : (وموت العاقد) أي : من رهن أو مرتهن ؛ لأن مصير الرهن إلى اللزوم فلا يتأثر بموته ؛ كالبيع في زمن الخيار ، بل يقوم الوارث مقامه ، وكذا بجنون العاقد أو إغمائه أو حجره بسفه أو فلس ، بل يعمل الولي بالمصلحة فيجيز له ما له فعله ابتداء .

قوله : (وإنما يفيد القبض اللزوم) أي : لزوم الرهن ، لهذا دخول على المتن .

قوله : (إن كان بإذن المالك الأهل) أي : أو إقباضه ، ولا بد أن يكون القابض أهلاً أيضاً ؛ كتعيين دين في الذمة فإنه يتعين بقبض أهل بإذن المدين ، فلو قبضه غير الأهل .. لم يبرأ الدافع ، ولو تلف في يده .. لم يضمنه ؛ لأن المالك ضيعه بتسليمه له ، وإنما لم يبرأ ؛ لأن الدين المطلق إنما يتعين بقبض صحيح ، فإذا لم يصح .. فالحق باق في الذمة ، تأمل .

قوله : (لكونه مكلفاً مختاراً رشيداً) أي : بخلاف غيرهم من نحو صبي ومجنون ومحجور ومكره ؛ لانتفاء أهليتهم .

قوله : (ويشترط في القبض هنا) أي : في الرهن .

قوله : (ما مر في البيع) أي : من النقل في المنقول والتخلى في غيره على تفصيل هناك ، ولكل من الراهن والمرتهن إنابة في الإقباض والقبض ما لم يلزم اتحاد القابض والمقبض ، فلا ينبغ المرتهن في القبض راهناً ولا وكيله في الإقباض كعكسه ؛ فإن الراهن لو قال للمرتهن : وكلت في قبضه لنفسك .. لم يصح ، لا يقال : أطلقوا أنه لو أذن له في قبضه .. صح ، وهو إنابة في المعنى ؛ لأننا نقول : إذنه ذلك إقباض منه لا توكيل ، تأمل .

قوله : (وذلك) أي : عدم لزوم الرهن إلا بالقبض .

لقوله تعالى : ﴿ فَهِنَّ مَقْبُوضَةٌ ﴾ . (وَلَوْ رَهْنَهُ شَيْئاً فِي يَدِهِ) أمانة أو ضماناً (. . لَمْ يَلْزَمْ) الرَّهْنُ (إِلَّا بِمَضِيِّ زَمَنِ يُمَكِّنُهُ فِيهِ قَبْضُهُ بَعْدَ إِذْنِهِ لَهُ فِيهِ) بَأَنْ يَمْضِيَ زَمْنٌ بَعْدَ الْإِذْنِ يُمْكِنُ فِيهِ السَّيْرُ عَادَةً إِلَى مُحَلِّهِ ، مَعَ التَّخْلِيَةِ مِنْ مَتَاعٍ غَيْرِ الْمُرْتَهَنِ فِي الْعَقَارِ ، وَمَعَ النَّقْلِ فِي الْمَنْقُولِ

قوله : (لقوله تعالى : ﴿ فَهِنَّ مَقْبُوضَةٌ ﴾) أي : فلو لزم بدون القبض . . لم يكن للتقييد به فائدة ، قال في « حاشية الروض » : (وجه الدلالة منها - أي : الآية - : أنه وصفها بالقبض فكان شرطاً فيه ؛ كوصف الرقبة بالإيمان والشهادة بالعدالة ، ولأنه وصفها بالقبض وقد ذكر غيرها من العقود ولم يصفه به فدل على لزومه به)^(١) .

قوله : (ولو رهنه شيئاً في يده) أي : المرتهن ؛ يعني : رهن ماله بيد غيره منه .
قوله : (أمانة أو ضماناً) أي : كأن رهن وديعة عند مودع ، أو مغصوباً عند غاصب .
قوله : (لم يلزم الرهن إلا بمضي زمن يمكنه فيه قبضه) أي : المرهون كنظيره في البيع ؛ لأنه لو لم يكن في يده . . لكان اللزوم متوقفاً على هذا الزمان وعلى القبض ، لكن سقط القبض ؛ إقامة لدوام اليد مقام ابتدائها فبقي اعتبار الزمان .

قوله : (بعد إذنه له فيه) أي : إذن الراهن للمرتهن في القبض ، فلو لم يأذن فيه . . لم يكف ذلك ؛ لأن اليد كانت عن غير جهة الرهن ولم يقع تعرض للقبض عنه ، قال في « النهاية » : (وقصد الأب - أي : المتولي للطرفين - قبضاً إذا كان مرتهنأ وإقباضاً إذا كان راهناً . . كالإذن فيه)^(٢) ، قال السيد عمر البصري : (ينبغي أن يكتفى بالقصد أيضاً فيما إذا وهب ماله لطفله ، وهذه تقع كثيراً في النوازل ، فليتنبه لها) .

قوله : (بأن يمضي زمن بعد الإذن) أي : من وقت الإذن ، فابتداء زمن إمكان القبض من وقت الإذن فيه لا عقد الرهن .

قوله : (يمكن فيه السير عادة إلى محله) أي : المرهون ، ولو اختلفا في الإذن أو في انقضاء هذه المدة . . فالقول للراهن ، وأفهم كلامه : عدم اشتراط ذهابه إليه ، وهو الأصح .
« نهاية »^(٣) .

قوله : (مع التخلية من متاع غير المرتهن في العقار ومع النقل في المنقول) أي : زمن التخلية أو زمن النقل كما هو المتبادر من كلامه ، قال العلامة ابن قاسم : (إنه لا حاجة إليه ؛ لدخول النقل

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٢/١٥٥) .

(٢) نهاية المحتاج (٤/٢٥٥) .

(٣) نهاية المحتاج (٤/٢٥٥) .

(وَيَجُوزُ الرُّجُوعُ عَنِ الرَّهْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ) لعدم لزومه ، كما تقرّر . (وَلَا يَجُوزُ لِلرَّاهِنِ بَعْدَ الْقَبْضِ التَّصَرُّفُ فِي الْمَرْهُونِ) بغير إذن المرتهن (بِمَا يُزِيلُ الْمَلِكَ) أو ينقله للغير ، أو يزاحم المرتهن ، أو ينقص المرهون ،

والتخلية في القبض ، فاعتبار مضي زمن إمكان قبضه . . اعتبار زمن إمكان النقل والتخلية ، وإن أراد مع وجود النقل والتخلية بالفعل . . فهذا لا يعتبر هنا ؛ لأن العين في يد المرتهن فيكتفى في القبض بمضي الزمن (فليتأمل) .

قوله : (ويجوز) أي : للراهن .

قوله : (الرجوع عن الرهن قبل القبض) أي : قبل قبض المرتهن المرهون ، أما بعد القبض . . فلا رجوع له ؛ لعدم نفوذ التصرف منه بعده ؛ للزومه كما سيأتي التصريح بذلك .

قوله : (لعدم لزومه كما تقرّر) أي : أول الفصل .

قوله : (ولا يجوز للراهن بعد القبض التصرف في المرهون) أي : يحرم عليه ذلك ، ولا ينفذ إلا ما سيأتي من الإعتاق والإيلاد بقيده ، بخلافه قبل القبض فإنه جائز كما مر سواء حصل به الرجوع أم لا .

قوله : (بغير إذن المرتهن) أي : أما التصرف بإذنه . . فيجوز وإن رد الراهن الإذن ؛ كأن قال بعده : لا أتصرف فيه ولا أنتفع مثلاً به ، ثم بعد ذلك له التصرف فيه ، كما أن الإباحة لا ترتد بالرد ، فإذا أباح واحد شيئاً لآخر وقال المباح له : لا حاجة لي فيه . . فإنه لا تبطل الإباحة ؛ فله بعد الرد لها التصرف فيه بالوجه المباح ، وفارق الوكالة بأنها عقد .

قوله : (بما يزيل الملك) أي : لأنه حجر على نفسه بالرهن مع القبض .

نعم ؛ له قتله قوداً ودفعاً ، وكذا لنحو ردة إذا كان والياً ، كذا قالوه ، وظاهره : أن المالكية هنا لا تأثير لها ، ويوجه بأنه أبطل النظر إليها بحجره على نفسه بالرهن ، ولم ينظر لذلك بالنسبة لنحو القود ؛ احتياطاً لحق الآدمي . « تحفة »^(١) .

قوله : (أو ينقله للغير) أي : بما ينقل الملك للغير .

قوله : (أو يزاحم المرتهن) أي : بما يزاحم المرتهن ؛ أي : يضايقه ، قال في « القاموس » : (زحمه كمنعه زحماً وزحاماً بالكسر : ضايقه)^(٢) .

قوله : (أو ينقص المرهون) أي : أو بما ينقص المرهون عيناً أو قيمة .

(١) تحفة المحتاج (٧٢/٥) .

(٢) القاموس المحيط (١٧٤/٤) ، مادة : (زحم) .

أَوْ يَقْلُلُ الرِّغْبَةَ فِيهِ ، فَلَا يَصَحُّ الْبَيْعُ وَلَا الرَّهْنُ (وَلَا التَّزْوِيجُ) وَلَا الْوُطْءُ وَلَوْ لِمَنْ لَا تَحْبِلُ ؛ حَسْماً لِلْبَابِ ، لِفَوَاتِ التَّوَثُّقِ بِكُلِّ ذَلِكَ

قوله : (أَوْ يَقْلُلُ الرِّغْبَةَ فِيهِ) أي : أَوْ بِمَا يَقْلِلُ الرِّغْبَةَ فِي الْمَرْهُونِ .

قوله : (فَلَا يَصَحُّ الْبَيْعُ) أي : وَالْهَبَةُ وَالْوَقْفُ ، هَذَا تَفْرِيعٌ عَلَى قَوْلِ الْمُتَنِّ : (بِمَا يَزِيلُ الْمَلِكُ) مَعَ قَوْلِ الشَّارِحِ : (أَوْ يَنْقُلُهُ) وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ . . لَفَاتَتْ الْوُثْقَةُ بِهِ .

قوله : (وَلَا الرَّهْنُ) أي : سِوَاءَ لِلْمَرْتَهَنِ أَوْ لْغَيْرِهِ ، فَقَوْلُ « الْمَنْهَاجِ » : (لْغَيْرِهِ)^(١) . . لَيْسَ بِقَبِيحٍ ، وَهَذَا تَفْرِيعٌ عَلَى قَوْلِهِ : (أَوْ يَزَاحِمُ الْمَرْتَهَنُ) .

قوله : (وَلَا التَّزْوِيجُ) أي : مِنْ غَيْرِ الْمَرْتَهَنِ ، وَهَذَا تَفْرِيعٌ عَلَى قَوْلِهِ : (أَوْ يَنْقُصُ الْمَرْهُونُ قِيَمَةً) وَسِوَاءَ فِي ذَلِكَ الْعَبْدُ أَوِ الْأَمَةُ ، زَوْجُ الْأَمَةِ لَزَوْجِهَا الْأَوَّلُ أَوْ لْغَيْرِهِ ، خَلِيَّةٌ كَانَتْ عِنْدَ الرَّاهِنِ أَوْ مَزُوجَةٌ ، فَإِنْ زَوْجٌ . . فَالْنِكَاحُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْهُ قِيَاساً ، وَأَمَّا التَّزْوِيجُ مِنَ الْمَرْتَهَنِ . . فَيَصَحُّ كَمَا قَالَ الزَّرْكَشِيُّ وَغَيْرُهُ .

قوله : (وَلَا الْوُطْءُ) أي : أَوْ الْإِسْتِمْتَاعُ أَوْ الْإِسْتِخْدَامُ إِنْ خَافَ الْجُرْ إِلَى الْوُطْءِ ، لَا إِنْ أَمَنَهُ ، وَدَخَلَ فِي ذَلِكَ الزَّوْجُ ، فَإِذَا رَهَنَ زَوْجَتَهُ ؛ بِأَنْ اسْتَعَارَهَا مِنَ الْمَالِكِ لِيَرْدَمْنَهَا وَرَهْنَهَا . . فَيَمْتَنَعُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً ؛ لِأَنَّهَا لَا تَزِيدُ عَلَى مَنْ لَا تَحْبِلُ ، مَعَ أَنَّهُ يَمْتَنَعُ وَطْؤُهَا ؛ حَسْماً لِلْبَابِ كَمَا ذَكَرَهُ .

قوله : (وَلَوْ لِمَنْ لَا تَحْبِلُ) أي : كَصَغِيرَةٍ وَأَيَّسَةٍ .

قوله : (حَسْماً لِلْبَابِ) أي : سَدَّ لَهُ وَخُوفَ الْإِحْبَالِ فِيمَنْ تَحْبِلُ .

نعم ؛ بَحْثُ الْأَذْرَعِيِّ : أَنَّهُ لَوْ خَافَ الزَّانَا لَوْ لَمْ يَطَّأَهَا . . جَازَ لَهُ وَطْؤُهَا ؛ لِأَنَّهُ كَالْمُضْطَرِّ ، قَالَ ابْنُ قَاسِمٍ : (فَلَوْ حَبِلَتْ . . هَلْ يَنْفَذُ ؟ وَقِيَاسُ الْجَوَازِ : النِّفْذُ)^(٢) ، وَمَنْعُهُ (ع ش) قَالَ : (لِأَنَّ مَجْرَدَ الْإِضْطِرَّارِ يَسْقُطُ حَرَمَةُ الْوُطْءِ ، وَلَا يُلْزَمُ مِنْهُ تَقْوِيتُ حَقِّ الْمَرْتَهَنِ ، بَلِ الْقِيَاسُ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُوسِرّاً . . نَفَذَ ، وَإِلَّا . . فَلَا ؛ كَمَا لَوْ وَطِئَ بِلَا إِذْنٍ) انْتَهَى^(٣) ، قَالَ الشَّرَوَانِيُّ : (وَهُوَ الظَّاهِرُ)^(٤) .

قوله : (لِفَوَاتِ التَّوَثُّقِ بِكُلِّ ذَلِكَ) أي : الْبَيْعُ وَالرَّهْنُ وَمَا بَعْدَهُمَا .

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٤٤) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (٧٥/٥) .

(٣) حاشية الشيرازي (٢٦٤/٤) .

(٤) حاشية الشرواني (٧٥/٥) .

وما في معناه . ولا أَلَسَفَر - وإنْ قَصَرَ - إلاَّ لضرورةٍ ولا انتفاعٍ يضرُّ ؛ كبناءٍ ، أو غرسٍ في أرضٍ مرهونةٍ .

قوله : (وما في معناه) أي : كالهبة والوقف والاستمتاع .

قوله : (ولا السفر) أي : ولا يجوز للراهن السفر بالمرهون بغير إذن المرتهن .

قوله : (وإن قصر) أي : السفر ؛ لما فيه من الخطر ، كما يتمتع على الزوج سفره بزوجه الأمة ؛ لتفويته حق السيد ، بخلاف السيد له أن يسافر بها ؛ لتعلق حقه بالرقبة ، ولثلا يتقاعد عن تزويجها ، وبخلاف الحرة لزوجها أن يسافر بها ؛ إذ لا يفوت بالسفر حق غيره .

قوله : (إلا لضرورة) أي : فإن دعت الضرورة إلى السفر ؛ كما لو جلا أهل البلد لنحو خوف أو قحط . . كان له السفر به إن لم يتمكن من رده إلى المرتهن ولا وكيله ولا أمين ولا حاكم .
نعم ؛ قال الأذري : إنه لو رهنه وأقبضه في السفر . . أن له السفر به إلى نحو مقصده للقرينة ، وقيس به ما في معناه . انتهى « نهاية »^(١) .

قوله : (ولا انتفاع يضر) أي : ولا يجوز للراهن انتفاع بالمرهون يضره ، قال في « الغرر » :
(أما انتفاع لا يضر ؛ كركوب واستخدام ولبس ثوب لا ينقص . . فلا يتمتع ؛ لخبر البخاري :
« الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً »^(٢) ، ولخبر : « الرهن مركوب ومحلوب » رواه الدارقطني
وصححه^(٣) ، زاد في « الأسنى » : (وحيث أخذ الراهن المرهون للانتفاع الجائر فتلف في يده . .
فلا ضمان عليه كما صرح به الروياني في « البحر »)^(٤) .

قال في « النهاية » : (فلو ادعى رده على المرتهن . . فالصواب : أنه لا يقبل ؛ كالمرتهن لا يقبل دعواه الرد بيمينه مع أن الراهن ائتمنه باختياره ، فكيف يمكن أن يكون الراهن على العكس مع أن المرتهن يجبر على الدفع إليه شرعاً ١٩)^(٥) .

قوله : (كبناء أو غرس في أرض مرهونة) أي : ولو كان الدين مؤجلاً ولم يلتزم قلع ذلك عند فراغ الأجل ؛ لنقص القيمة بذلك ، فلو فعل ذلك . . لم يقلع قبل الحلول ، وبعده يقلع إن لم تف الأرض بالدين وزادت بالقلع ولم يأذن الراهن في بيع ما فعله ، فإن أذن في بيعه . . بيعا ووزع

(١) نهاية المحتاج (٢٦٧/٤) .

(٢) صحيح البخاري (٢٥١١) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) الغرر البهية (٢٣٩/٥ - ٢٤٠) ، والحديث في « سنن الدارقطني » (٣٤/٣) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) أسنى المطالب (١٦١/٢) .

(٥) نهاية المحتاج (٢٦٦/٤) .

(وَلَا إِجَارَةٌ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا ، أَوْ يَحِلُّ قَبْلَ تَمَامِهَا) فَيَبْطُلُ مِنْ أَصْلِهَا وَإِنْ جَوَّزْنَا بَيْعَ الْمُؤَجَّرِ ؛ لِأَنَّهَا تَنْقُصُ الْقِيَمَةَ ، فَإِنْ كَانَ يَحِلُّ بَعْدَ انْقِضَائِهَا ، أَوْ مَعَهُ وَلَوْ أَحْتِمَالًا . . . صَحَّتْ إِنْ لَمْ تَوْثُرْ نَقْصًا فِي الْقِيَمَةِ ،

الثلث ؛ كما في رهن الأم دون ولدها . « غرر »^(١) .

قوله : (ولا الإجارة) أي : ولا يجوز للراهن إجارة المرهون لغير المرتهن ؛ إذ هي له صحيحة ويستمر الرهن .

قوله : (إن كان الدين حالاً أو يحل قبل تمامها) أي : قبل انقضاء مدة الإجارة .

قوله : (فَيَبْطُلُ مِنْ أَصْلِهَا) أي : الإجارة ، كذا أطلقه الجمهور ، وقال المتولي : تبطل في الزائد على الأجل ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة ، واختاره جمع متأخرون كالسبكي والأذري ؛ وأيد بنظيره في الهدنة ، لكن المعتمد : الأول ، وفرق في « النهاية » بأن الإجارة هنا لما وقعت مجاوزة للمحل . . كانت مخالفة لما أذن له فيه شرعاً فبطلت من أصلها ؛ كما مر فيما لو استعار شيئاً ليرهنه بعشرة فرهنه بأكثر ، وفي إجارة ناظر الوقف أزيد مما شرطه الواقف ، وكتصرف الوكيل في أزيد مما أذن له فيه الموكل ، تأمل^(٢) .

قوله : (وَإِنْ جَوَّزْنَا بَيْعَ الْمُؤَجَّرِ) أي : ومن باب أولى إذا قلنا بعدم جوازه .

قوله : (لِأَنَّهَا تَنْقُصُ الْقِيَمَةَ) أي : وتقلل الرغبات ، ولخبر : « لا ضرر ولا ضرار »^(٣) .

قوله : (فَإِنْ كَانَ) أي : الدين المرهون به .

قوله : (يَحِلُّ بَعْدَ انْقِضَائِهَا) أي : مدة الإجارة .

قوله : (أَوْ مَعَهُ وَلَوْ أَحْتِمَالًا) أي : أو يحل الدين مع انقضاء مدة الإجارة ولو احتمالاً ؛ بأن

احتمل التقدم والتأخر والمقارنة ، أو اثنتين منها ؛ كأن يؤجره على عمل معين ؛ كبناء حائط .

قوله : (صَحَّتْ) أي : الإجارة ، أما في صورة الأولى . . فظاهرة ، وأما الثانية . . فلأنها إنما

امتنعت لنقصها القيمة ، وذلك غير محقق ؛ لعدم تحقق سببه .

قوله : (إِنْ لَمْ تَوْثُرْ نَقْصًا فِي الْقِيَمَةِ) أي : كبناء وغراس ؛ كأن أجر العبد المرهون ليبيني جداراً

أو يغرس غراساً ، وهذا تقييد للصحة .

(١) الغرر الهبة (٢٣٩/٥) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٦٣/٤) .

(٣) آخره ابن ماجه (٢٣٤٠) عن سيدنا عبادة بن الصامت رضي الله عنه .

ولم يطل تفرغ المأجور بعد الحلول ، وكان المستأجر عدلاً ، أو رضي به المرتهن ؛ لانتفاء المحذور . (ويصح) ويحل (إعتاقه وأستيلاؤه) أي : الرأهن

قوله : (ولم يطل تفرغ المأجور بعد الحلول) أي : بأن لم تمتد مدة تفرغه لما بعد الحلول زمناً له أجرة .

قوله : (وكان المستأجر عدلاً) قيد أيضاً للصحة .

قوله : (أو رضي به المرتهن) أي : أو كان المستأجر غير عدل ولكن رضي به المرتهن .

قوله : (لانتفاء المحذور) أي : حالة البيع ، تعليل للصحة ، فلو حل الدين بموت الرأهن . . لم تبطل الإجارة ؛ لوقوعها في الابتداء على الصحة ، بل يصبر المرتهن إلى انقضاء مدة الإجارة كما يصبر الغرماء إلى انقضاء العدة لتستوفي المعتدة حق السكنى ؛ جمعاً بين الحقين ، ويضارب الغرماء بدينه في الحال ، وبعد انقضائها يقضي باقي دينه من المرهون ، فإن فضل شيء . . فللغرماء وبحث في « الغرر » : أنه إذا طلب المرتهن بيعه مسلوب المنفعة . . يجاب احتياطاً لبراءة ذمة الميت^(١) .

قوله : (ويصح) أي : ينفذ .

قوله : (ويحل) أي : ويجوز كما اقتضاه نص الشافعي رضي الله تعالى عنه كما قاله البلقيني وغيره ، واقتضاه كلام الرافعي وغيره في (باب النذر)^(٢) ، وبه جزم صاحب « البهجة » فقال :

وجاز إعتاق وإيلاد الذي أيسر بالقيمة في يومئذ^(٣)

فهو المعتمد وإن نقل عن الإمام في (بحث التنازع في جناية [المرهون]) أنه لا يجوز^(٤) .

قوله : (إعتاقه) أي : الرأهن للرقيق المرهون .

قوله : (وأستيلاؤه) هو أقوى من الإعتاق ، قال الرافعي : (بدليل نفوذ إيلاد المحجور عليهم بسفه أو جنون دون إعتاقهم)^(٥) .

قوله : (أي : الرأهن) : تفسير للضمير المضاف إليه الإعتاق والاستيلاء إضافة المصدر إلى فاعله .

(١) الغرر البهية (٢٣٧/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٣٥٦/١٢) .

(٣) بهجة الحاوي (ص ٩٣) .

(٤) انظر « مغني المحتاج » (١٧٠/٢) .

(٥) الشرح الكبير (٤٨٩/٤) .



(الْمَرْهُونَ إِنْ كَانَ مُوسِرًا) وينفذ حالاً مِنْ غيرِ توقُّفٍ على غرمِ الْقِيَمَةِ . وألولدُ حُرٌّ نسيبٌ ؛ لأنَّ الْقِيَمَةَ تخلّفُهَا كَمَا قَالَ : (وَيَغْرُمُ الْقِيَمَةَ) ويغرمُ أَرشَ الْبَكَارَةِ أَيضاً ، فالوثيقةُ باقيةٌ ، ويُعتبرُ يومُ الإعتاقِ

قوله : (المرهون) أي : المقبوض بالنصب مفعول المصدر .

قوله : (إن كان موسراً) أي : بقيمة المرهون ، بل بحث البلقيني اعتبار يساره بأقل الأمرين من قيمة المرهون ومن قدر الدين ، وهو - كما قاله الزركشي - التحقيق . كذا في « النهاية »^(١) ، وظاهره : وإن كان الدين مؤجلاً ، لكن الذي اعتمده الشارح في المؤجل : اعتبار القيمة فيه قال : (ويظهر ضبط يساره هنا بما في سراية العتق) أي : وهو ما يعتبر في الفطرة .

قوله : (وينفذ حالاً من غير توقف على غرم القيمة) أي : تشبيهاً لسراية العتق إلى حق المرتهن بسرايته من نصيب أحد الشريكين إلى الآخر ؛ لقوته بالسراية وغيرها مع بقاء حق الوثيقة . « أسنى »^(٢) .

قوله : (والولد حر نسيب) أي : لأنها علقت به في ملكه فلا حد عليه ولو كان عالمأ به ، لكن يعزى العالم كما في « النهاية » وغيرها^(٣) ، وبه يعلم : أن قوله : (ويجوز) إنما هو في مسألة العتق فقط ، تدبر .

قوله : (لأن القيمة تخلّفهما) أي : المعنى والمستولدة ، فهو تعليل لصحتهما .

قوله : (كما قال) أي : المصنف رحمه الله تعالى .

قوله : (ويغرم القيمة) أي : وجوباً ؛ جبراً لحق المرتهن ، والمراد : قيمة المعنى والمستولدة ، لا قيمة الولد فإنها لا تجب هنا مطلقاً ؛ إذ لا حق للمرتهن^(٤) فيه .

قوله : (ويغرم أَرشَ الْبَكَارَةِ أَيضاً) أي : إن افترضها ؛ لإتلافه جزءاً من المرهون ، لا المهر ؛ لأنه أصاب ملكه ، ولذا : لو وطئها غيره . . كان المهر له ، بخلاف المكاتب لو وطئها سيدها أو غيره . . كان المهر لها ؛ لاستقلالها .

قوله : (فالوثيقة باقية) تفريع على قوله : (لأن القيمة تخلّفهما) .

قوله : (ويعتبر يوم الإعتاق) أي : قيمة المعنى يوم الإعتاق .

(١) نهاية المحتاج (٢٦٠/٤) .

(٢) أسنى المطالب (١٥٩/٢) .

(٣) نهاية المحتاج (٢٦٤/٤) .

(٤) في الأصل : « لا حق للمرهن فيه » ، ولعل الصواب ما أثبت ، انظر « النجم الوهاج » (٣١٤/٤) .

والإحبال ، وتصيرُ مرهونةً قبلَ الغرم ، وكذا بعدهُ مِنْ غيرِ حاجةٍ إلى عقدٍ ، ولو أيسرَ ببعضها . . . عتق بقدر ما أيسرَ به ، أمّا المعسرُ . . .

قوله : (والإحبال) أي : قيمة المستولدة يوم الإحبال ؛ لأن ذلك يوم الإلتلاف أو سببه ؛ كما لو جرح عبداً قيمته مئة فبقي ضمناً حتى مات وقيمته عشرة . . . لزمه مئة ، وعبر صاحب « الحاوي » بيوم الإيلاد^(١) ، ففهم منه ابن الوردي أن مختاره : يوم الولادة ، فاعترضه بقوله : [من الرجز] قلت اختيار غيره أنَّ الأمانة هنا بيوم حبلت مقومة^(٢) وليس كما فهم ، بل مراده بذلك : يوم الإحبال .

قوله : (وتصير) أي : القيمة المذكورة ، قال في « التحفة » : (حيث لم يقض بها الدين الحال)^(٣) .

قوله : (مرهونة قبل الغرم) أي : فيحكم برهنيتها في ذمة المعتق كالأرض في ذمة الجاني ، وفائدته : تقديم المرتهن بقدر قيمة الرقيق على الغرماء إذا مات الراهن أو حجر عليه ، وتقديمه على مؤنة التجهيز لو مات الراهن وليس له قدر القيمة ، وعدم إبراء الراهن منه ؛ نظرًا لحق المرتهن . قوله : (وكذا بعده) أي : بعد الغرم .

قوله : (من غير حاجة إلى عقد) أي : عقد الرهن ؛ لقيامها مقامه وإن حل الدين ، وهو مراد من عبر بأنها تجعل رهنًا .

نعم ؛ يشترط لتعينها للرهنية قصد دفعها عن جهة الغرم كسائر الديون على ما يأتي آخر (الضمان) بما فيه ، فلو قال : قصدت الإيداع . . . صدق بيمينه .

قوله : (ولو أيسر) أي : الراهن المعتق .

قوله : (ببعضها) أي : قيمة الرقيق المرهون .

قوله : (عتق بقدر ما أيسر به) أي : كما صرح به البلقيني ، قال بعضهم : (هذا يجري في الإيلاد أيضاً ؛ فينفذ في البعض فيعتق بموت السيد ، والبعض الآخر يباع في الدين)^(٤) .

قوله : (أما المعسر) أي : بقيمة المرهون وقت الإعتاق وإن أيسر بعده كما بحثه القليوبي^(٥) ،

(١) الحاوي الصغير (ص ٣٠١) .

(٢) بهجة الحاوي (ص ٩٣) .

(٣) تحفة المحتاج (٧٣ / ٥) .

(٤) انظر فتوحات الوهاب (٢٨٢ / ٣) .

(٥) حاشية قليوبي (٢٧٠ / ٢) .

فلا ينفذ عتقه ، وَلَا إِبْلَادُهُ وَإِنْ أَنْفَكَ الرَّهْنُ ؛ لعجزه . نَعَمْ ؛ لو عَادَتِ أَلَسْتُ لِدُهُ لِمَلِكِهِ ، أَوْ لَمْ تُبْعَ أَصْلًا نَفَذَ إِبْلَادُهُمَا ؛

وهذا مقابل قول المتن : (إن كان موسراً) .

قوله : (فلا ينفذ عتقه) أي : إعتاقه المرهون ، إلا إن علقه بمصارف فكه ؛ كصفة وجدت مع فكه أو بعده ، أو كان الوصف المعلق به هو الفك . . فينفذ العتق فيهما ؛ إذ لم يوجد حال الرهن إلا التعليق ، وهو لا يضر ، بخلاف ما إذا وجد الوصف قبل الفك فقط ، وهو ظاهر ، أو قبله وبعده ؛ لانحلال اليمين بالمدة^(١) الأولى .

قوله : (ولا إيلاده) أي : حالاً ؛ لما سيأتي في الاستدراك ، فلو ماتت هذه الأمة التي أولدها الراهن بالولادة وهو معسر حال الإيلاد ثم أيسر . . غرم قيمتها وقت الإحبال وتكون رهناً مكانها من غير عقد ؛ لأنه تسبب في إهلاكها ؛ كواطء أمة غيره بالشبهة ، ولذا قال في « البهجة » : [من الرجز] ويغرم المعسر إذ تموت به كسوط مملوكة غير تشبته^(٢)

ومثل موتها : تعيها بالولادة فيغرم الأرض ويكون رهناً أيضاً ، وله أن يصرف ذلك في قضاء دينه .

قوله : (وإن انفك الرهن) أي : بعد الإعتاق بأداء أو غيره فإن الأصح : أنه لم ينفذ أيضاً ؛ لأنه أعتقه وهو لا يملك إعتاقه فأشبه ما لو أعتق المحجور عليه بالسفه ثم زال الحجر ، وعلم منه : أنه لو بيع في الدين ثم ملكه . . لم يعتق أيضاً ، قال في « النهاية » : (ولو استعار من يعتق عليه ليرهنه بدينه فرهنه ثم ورثه . . فالأوجه من ثلاث احتمالات : أنه إن كان موسراً . . عتق ، وإلا . . فلا ؛ رعاية لحق المرتهن ؛ ويؤيده ما في الوصية : أن المريض لو اشترى قريه في مرضه وعليه دين . . لم يعتق عليه ، رعاية لحق صاحب الدين)^(٣) .

قوله : (لعجزه) أي : الراهن المعسر ؛ تعليل لعدم النفوذ ، وعلل أيضاً بأنه عتق به حق الغير ففرق فيه بين الموسر والمعسر ؛ كالعبد المشترك .

قوله : (نعم ؛ لو عادت المستولدة لملكه) أي : الراهن ؛ بأن ملكها بعد بيعها في الدين .

قوله : (أو لم تبع أصلاً) أي : بأن انفك الرهن عنها بلا بيع .

قوله : (نفذ إيلادهما) أي : العائدة لملكه والتي لم تبع أصلاً ، بخلاف نظيره في الإعتاق .

(١) في هامش الأصل : (في نسخة : بالمرة) .

(٢) بهجة الحارثي (ص ٩٣) .

(٣) نهاية المحتاج (٤ / ٢٦١ - ٢٦٢) .

لأنه أقوى من العتق . ولا تباع مستولدة المعسر إلا إن استغرقها الدين ؛ وإلا . . . بيع منها بقدره ، وإلا إن وضعت ؛ لأنها حامل بحر ، وترضعه اللبأ ، وتوجد مرضعة غيرها

قوله : (لأنه) أي : الإيلاد ؛ تعليل لنفوذه فيهما .

قوله : (أقوى من العتق) أي : الإعتاق ، ووجهه : أنه قول يقتضي العتق في الحال ، فإذا رد . . . لغا من أصله ، والإيلاد فعل لا يمكن رده - أي : بدليل نفوذه من السفیه والمجنون دون إعتاقهما - وإنما يمنع حكمه ؛ أي : الإيلاد في الحال لحق الغير ، فإذا زال الحق . . . ثبت حكمه ، تأمل .

قوله : (ولا تباع مستولدة المعسر إلا إن استغرقها الدين) أي : فإن استغرقها . . . بيعت ؛ للحاجة إليه ، ولا يجوز للراهن هبتها للمرتهن ولا لغيره ، بخلاف البيع ؛ لأن البيع إنما جوز للضرورة ولا ضرورة إلى الهبة .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يستغرقها الدين .

قوله : (بيع منها بقدره) أي : الدين فقط ؛ رعاية لحق الإيلاد ، فإن لم يوجد من يشتري البعض . . . بيع الكل ؛ للضرورة ، بخلاف غيرها من الأعيان المرهونة ؛ كرقيق رهن بخمسين وقيمتة مئة وكان لا يشتري نصفه إلا بأربعين ويشتري الكل بمئة فلا يباع منه بقدر الدين ، بل يباع كله ؛ دفعاً للضرر عن المالك ، قال في « الغرر » : (وإذا بيع منها بقدر الدين ووفى . . . انفك الرهن عن الباقي واستقر الإيلاد فيه ، والنفقة على المشتري والمولد بحسب نصيهما ، والكسب بينهما كذلك)^(١) .

قوله : (وإلا إن وضعت) أي : ولدها ، وهذا عطف على (إلا إن استغرقها) ، وعبرة « الغرر » : (ولو حل الدين في صورة الإيلاد والأمة حامل . . . لم يجز بيعها . . .) إلخ^(٢) .

قوله : (لأنها حامل بحر) : تعليل لعدم جواز بيعها قبل وضعها .

قوله : (وترضعه اللبأ) أي : لأن الولد لا يعيش إلا به غالباً ، قال في « المصباح » : (اللبأ : مهموز وزان عنب : أول اللبن عند الولادة ، وقال أبو زيد : وأكثر ما يكون ثلاث حلبات ، وأقله : حلبة)^(٣) .

قوله : (وتوجد مرضعة غيرها) أي : يستغني الولد بها عن أمه ؛ لثلاث يسافر بها المشتري فيهلك ولدها ، وقياس ما مر في إجارتها : أن للمرتهن أن يضارب مع الغرماء في مدة الصبر ، وإذا بيع

(١) الغرر البهية (٢٤٣/٥) .

(٢) الغرر البهية (٢٤٣/٥) .

(٣) المصباح المنير ، مادة : (لبأ) .

(وَإِذَا لَزِمَ الرَّهْنُ .. فَالْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ) غالباً ؛ لأنها الركن الأعظم في التوثيق فلا تزال إلا للانتفاع المتعذر معها

بعضها أو كلها عند وجود مرضعة . . فلا يبالي بالتفريق بينها وبين الولد ؛ لأنه حر .
قوله : (وإذا لزم الرهن ...) إلخ ؛ أي : بإقباض الراهن حقيقة أو حكماً ؛ بأن أذن للمرتهن في قبضه فقبضه ، أو كان تحت يده وأذن له في القبض كما مر .

قوله : (فاليد فيه) أي : في الرهن ؛ بمعنى : المرهون ففيه استخدام . انتهى (سم)^(١) .
قوله : (للمرتهن غالباً) أخرج به (المرتهن) : وارثه فليس على الراهن الرضا بيده وإن ساواه في العدالة ، والمراد به (اليد) هنا : اليد الحسية ؛ أي : كونه في حوزة وفي بيته مثلاً ، لا الشرعية ؛ أي : كونه في سلطنته وفي ولايته ؛ بحيث يمتنع على الرهن التصرف فيه بما يزيل الملك أو ينقصه بغير إذن المرتهن ، وإلا . . لم يكن للتقييد بقوله : (غالباً) فائدة ؛ لأن اليد الشرعية على المرهون للمرتهن^(٢) دائماً حتى في الصور الخارجة به ، كذا في « البجيرمي »^(٣) .

قوله : (لأنها الركن الأعظم في التوثيق) هذا التعبير يقتضي أن هناك يدين في كل واحدة منهما صلاحية للتوثيق ، ويد المرتهن أعظم فيه من الأخرى ، ولعل المراد به (الأخرى) : يد ثالث يوضع عنده المرهون ؛ كما يأتي في قوله : (إلا إن شرطاً . .) إلخ ، وهذه اليد صالحة للتوثيق ، وهي ركن فيه كيد المرتهن ، لكن يد المرتهن هي الركن الأعظم في التوثيق ، وليس المراد به (اليد الأخرى) : يد الراهن ؛ لأنها تنافي التوثيق فليست ركناً . انتهى جمل ، فليتأمل^(٤) .

قوله : (فلا تزال) أي : يد المرتهن في المرهون .
قوله : (إلا للانتفاع المتعذر معها) أي : فللمالك أخذ المرهون من المرتهن عند حاجته ؛ لانتفاعه به بنفسه أو غيره مع بقاءه إن كان له منفعة لا يمكن استيفاؤها وهو مع المرتهن ؛ كركوب وخدمة وسكنى ، بخلاف ما إذا كان يمكن ذلك وهو معه ؛ كحرفة للعبد يمكن أن يعملها في يد المرتهن . . فلا يأخذه الراهن لعملها ؛ جمعاً بين الحقين ، وبخلاف ما إذا كان الانتفاع به بتفويته كنقد . . فلا يأخذه لذلك أصلاً . انتهى من « الأسنى »^(٥) .

(١) حاشية ابن قاسم على النحلة (٧٩/٥) .

(٢) في الأصل (الشرعية على المرتهن) ، ولعل الصواب ما أثبت ، انظر « التجريد لنفع العبيد » (٣٧٧/٢) .

(٣) التجريد لنفع العبيد (٣٧٧/٢) .

(٤) فتوحات الوهاب (٢٨٦/٣) .

(٥) أسنى المطالب (١٦٢/٢) .

ورهنٌ نحو مصحفٍ ومسلمٍ من كافرٍ ، وسلاحٍ من حربيٍّ . يوضعُ عندَ مَنْ لَهُ تَمَلُّكُهُ مِمَّنْ يَتَفَقَّانِ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا . . . فَعِنْدَ عَدْلٍ (إِلَّا إِذَا شَرَطًا وَضَعَهُ عِنْدَ آخَرَ)

قوله : (ورهن نحو مصحف . . .) إلخ ، مبتدأ خبره قوله : (يوضع . . .) إلخ ، وهذا بيان لمحتراز قوله : (غالباً) ، والمراد به (نحو المصحف) : الكتب الشرعية وآلاتها .

قوله : (ومسلم) أي : ورقيق مسلم ، وكذا مرتد .

قوله : (من كافر) متعلق به (رهن) .

قوله : (وسلاح من حربي) أي : ورهن سلاح من حربي ، خرج به : الذمي ؛ لجواز ملكه له بشرطه السابق .

قوله : (يوضع عند من له تملكه) أي : ما ذكر من نحو المصحف والمسلم والسلاح ، ثم مقتضى كلامه هنا : أنه يسلم للمرتهن أولاً ثم ينزع منه ويجعل تحت يد من ذكر ، لكن في « التحفة » : (ويستنبأ الكافر [مسلماً] في القبض)^(١) ، قال (ع ش) : (وظاهره : أنه لا يمكن من قبضه حتى في السلاح ، وجهه : أن في قبضه إذلاً للمسلمين ، وعليه : فلو تعدى وقبضه . . . فينبغي الاعتداد به ؛ لأن المنع لأمر خارج) تأمل^(٢) .

قوله : (ممن يتفقان عليه) أي : ولو غير ثقة .

قوله : (وإلا) أي : إن لم يتفقا عليه .

قوله : (فعند عدل) أي : فيوضع ما ذكر عند عدل له تملكه ، ولو ارتهن أمة : فإن كانت محرماً له أو طفلة أو كان هو امرأة أو أجنبياً ثقة وعنده زوجة أو أمة أو محرم أو امرأتان ثقتان . . وضعت عنده ، وإلا . . فعند محرم لها أو امرأة ثقة أو عدل بالصفة المذكورة ، قال في « التحفة » : (وشرط خلاف ذلك مفسد . . أي : للعقد - لمخالفته مقتضاه ، والخشئ كالأنثى ، لكن لا يوضع عند أنثى أجنبية)^(٣) ولا رجل أجنبي وإنما يوضع عند محرم .

قوله : (إلا إذا شرطاً) أي : الراهن والمرتهن .

قوله : (وضعه عند آخر) أي : واحد أو اثنين مثلاً ، ولا يفرد أحدهما بحفظه ؛ كنظيره في الوكالة والوصية فيجعلان في حرز لهما ، فإن انفرد أحدهما بحفظه . . ضمن نصفه ، أو سلم

(١) تحفة المحتاج (٧٩/٥) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٢٧٠/٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٨٠/٥) .

اتَّفَقَا عَلَيْهِ.. فَأَلِيدُ لَهُ- وَلَوْ فَاسِقًا- فَيَتَوَلَّى الْحِفْظَ وَالْقَبْضَ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُتَصَرِّفًا عَنْ غَيْرِهِ..
تَعَيَّنَ الْعَدْلُ . وَلَوْ شَرَطَا وَضَعَهُ

أحدهما إلى الآخر.. ضمنا معاً النصف ، إلا بإذن من العاقلين.. فيجوز الانفراد . « شرح المنهج »^(١) .

قوله : (اتفقا عليه) أي : على وضعه عند الآخر دائماً أو وقتاً دون وقت ؛ كأن يشرط كونه عند ثالث يوماً وعند المرتهن يوماً . برماوي .

قوله : (فاليد له) أي : لأن الشرط المذكور جائز ؛ إذ قد لا يثق أحدهما بصاحبه ويشقان بالآخر .

قوله : (ولو فاسقاً) أي : حيث كان أهلاً لليد عليه والراهن والمرتهن يتصرفان لأنفسهما التصرف التام .

قوله : (فيتولى) أي : من شرط الوضع عنده .

قوله : (الحفظ والقبض) أي : معاً كما اقتضاه كلام ابن الرفعة ، ويجوز كما قاله الجمل أن يتولى المرتهن القبض ويتولى الثالث الحفظ^(٢) ، وهذه الصورة هي الظاهرة من قول المتن ، وظاهر : أنه مع ذلك ليس له السفر بالمرهون إلا إذا جوزناه للوديع بالوديعة في الصور التي ذكرها في بابها ، ومثله المرتهن .

قوله : (فإن كان أحدهما) أي : الراهن أو المرتهن أو كلاهما كما علم من باب أولى ، وهذا محترز قيد ملحوظ كما قررته فيما مر .

قوله : (متصرفاً عن غيره) أي : كولي ووكيل وقيم ومأذون له وعامل قراض ومكاتب حيث يجوز لهم ذلك .

قوله : (تعين العدل) أي : فلا بد من عدالة من يوضع المرهون عنده ، ذكره الأذري ، قال (سم) : (وأما إذا وضع عندهم.. فالوجه : الجواز مطلقاً حيث كان الراهن ممن يتصرف لنفسه تصرفاً تاماً)^(٣) .

قوله : (ولو شرطاً) أي : الراهن والمرتهن .

قوله : (وضعه) أي : المرهون .

(١) فتح الوهاب (١٩٦/١) .

(٢) فتوحات الوهاب (٢٨٧/٣) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٨٠/٥) .

بعد اللزوم عند الرّاهن . . صح . (وَيَسْتَحِقُّ الْمُرْتَهَنُ بَيْعَ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ) بَأَنْ حَلَّ الدَّيْنُ ، أَوْ كَانَ حَالاً ، فَلَهُ طَلَبُ بَيْعِهِ ، أَوْ قَضَاءُ دَيْنِهِ (وَيَكُونُ الْمُرْتَهَنُ) إِذَا بَاعَ الرَّهْنُ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِرَقَبَتِهِ جَنَائَةً (أَقْدَمَ بِشْمَنِهِ مِنْ غَيْرِهِ) مِنَ الْغَرَمَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ فَوَائِدِ الرَّهْنِ ،

قوله : (بعد اللزوم عند الرّاهن . . صح) أي : على المعتمد كما في « التحفة » قال : (وكون يده لا تصلح للنيابة عن المرتهن إنما هو في ابتداء القبض دون دوامه)^(١) أي : ولذا حمل كلام الغزالي المقضي لعدم الصحة على ابتداء القبض ؛ بأن شرطاً أن الرّاهن يقبضه ، ووجه الفساد ما يلزمه من اتحاد القابض والمقبض .

قوله : (ويستحق المرتهن بيع المرهون) أي : طلب بيعه .

قوله : (عند الحاجة) أي : إلى البيع لوفاء الدين .

قوله : (بأن حل الدين أو كان حالاً) أي : ولم يوف من غيره ، قال في « التحفة » : (أو أشرف الرهن على الفساد قبل الحلول)^(٢) .

قوله : (فله) أي : للمرتهن .

قوله : (طلب بيعه أو قضاء دينه) أي : فلا يتعين طلب البيع ، وله بيعه في الدين بإذن الرّاهن وحضرته ؛ إذ لا تهمة ، بخلافه في غيبته ، ولم يقدر له الثمن ؛ لأنه يبيع لغرض نفسه فيتهم في الاستعمال وترك النظر ، ومحل الصحة في ذلك : إذا قال الرّاهن : بعه لي أو أطلق ، أما لو قال : بعه لك . . فيطل مطلقاً ؛ إذ لا يتصور بيع ملك غيره لنفسه ، ولو قال : بعه لي أو لنفك واستوف الثمن لي أو لنفك . . صح ما للرّاهن وبطل ما للمرتهن ، تأمل .

قوله : (ويكون المرتهن إذا بيع الرهن) أي : المرهون .

قوله : (ولم يتعلق برقبته جنائية) أي : وأما إذا تعلقت الجنائية بها . . فيقدم حق المجني عليه على حق المرتهن ؛ لأن حقه متعين في الرقبة فقط ؛ بدليل : أنه لو مات . . سقط حقه وحق المرتهن متعلق بذمة الرّاهن وبالرقبة ، ولأن حق المجني عليه مقدم على حق المالك قهراً ، فأولى أن يتقدم على حق التوثق .

قوله : (أقدم بشمنه من غيره من الغرماء) أي : فلا يزاحموه فيه .

قوله : (لأن ذلك من فوائد الرهن) أي : ولأن حقه متعلق بالمرهون وبالدّمة وحق الغرماء

مرسل فيها فقط .

(١) تحفة المحتاج (٨٠/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٨٢/٥) .

وللرَّاهن أن يختارَ البيعَ والتَّوفيةَ من ثمنِ المرهونِ وإنْ أيسرَ . ويُجبرُ الحَاكِمُ الرَّاهنَ على البيعِ أو الوفاءِ بالحبسِ أو غيرِه ؛

قوله : (وللراهن) أي : يجوز للراهن كما فهم من طلب أحد الأمرين المذكورين .
قوله : (أن يختار البيع والتوفية من ثمن المرهون) أي : فلا يلزمه التوفية من غير المرهون ، قال الشيخ عميرة : (وطريق المرتهن في طلب التوفية من غير المرهون : أن يفسخ الرهن لجوازه من جهته ويطلب الراهن بالتوفية) .

قوله : (وإن أيسر) أي : بغير المرهون وطلبه المرتهن ، كذا نقل عن الإمام^(١) ، واعتمده الرملي^(٢) ، واعتمد الشارح الوجوب حيثئذ ، قال : (لأن الدين يجب أدؤه فوراً بالطلب)^(٣) .
نعم ؛ إن كان البيع يتيسر بعد زمن قصير لا يتنافى الفورية وضابطه فيما يظهر : ما مر في الرد بالعيب . . اغتفر له هذا التأخير اليسير .

فإن قلت : رضا المرتهن بتعلق حقه بالمرهون رضاً منه بالتأخير لبيعه وإن طال . . قلت : ممنوع ؛ لأن هذا الرضا إنما هو بفرض إعسار الراهن فقط ؛ كما يرشد إليه قولهم في الحد أول الباب : (يستوفى منها عند تعذر وفائه) ، وقال في « التحفة » : (اختار السبكي وجوب الوفاء فوراً من الرهن أو غيره ، وأنه من غيره لو كان أسرع وطلب المرتهن . . رجب ، وهو متجه)^(٤) ، وقال في « المغني » : (وهذا هو الظاهر) انتهى^(٥) .

قوله : (ويجبر الحاكم) بضم الياء : من الإجبار ، ويجوز الفتح ، قال في « المصباح » : (أجبرته على كذا : حملته عليه قهراً وغلبة فهو مجبر ، هذه لغة عامة العرب ، وفي لغة لبني تميم : جبرته جبراً من باب قتل وجبوراً ، حكاه الأزهري ، قال : وعي لغة معروفة ، فجبرته وأجبرته لغتان جيدتان)^(٦) .

قوله : (الراهن) أي : عند حلول الدين وامتناعه من بيع المرهون وقد طلب المرتهن البيع .

قوله : (على البيع أو الوفاء) أي : التوفية للدين بنفسه أو وكيله ؛ دفماً لضرر المرتهن .

قوله : (بالحبس أو غيره) أي : مما يراه الحاكم ؛ كالضرب .

(١) نهاية المطلب (١٨١ / ٦) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٧٤ / ٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٨٢ / ٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٨٢ / ٥ - ٨٣) .

(٥) مغني المحتاج (١٧٦ / ٢) .

(٦) المصباح المنير ، مادة : (جبر) .

فَإِنْ أَصَرَ عَلَى الْإِمْتِنَاعِ .. بَاعَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ بَعْدَ ثَبُوتِ الدَّيْنِ وَمِلْكِ الرَّاهِنِ ، وَكَوْنِهِ بِمَحَلٍّ وَلَايَتِهِ وَقَضَى الدَّيْنَ مِنْ ثَمَنِهِ ؛ دَفْعاً لَضَرَرِ الْمُرْتَهِنِ

قوله : (فَإِنْ أَصَرَ عَلَى الْإِمْتِنَاعِ) أي : من البيع ، أو كان غائباً وليس له ما يوفي منه غير الرهن ، أو كان يبيعه أصلح ، قاله في « الفتح »^(١) .

قوله : (بَاعَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ) أي : قهراً على الراهن ووفاه من غير المرهون ولو يبيعه إذا رأى مصلحة في ذلك كما بحثه بن قاسم^(٢) ، فلا يتعين على الحاكم بيع المرهون ؛ إذ قد يجد ما يوفي به الدين من غيره .

قوله : (بَعْدَ ثَبُوتِ الدَّيْنِ) أي : والرهن .

قوله : (وَمِلْكِ الرَّاهِنِ) أي : للمرهون .

قوله : (وَكَوْنِهِ بِمَحَلٍّ وَلَايَتِهِ) أي : فإن لم يثبت واحد منها .. لم يجز للحاكم بيع ذلك ، وقضية كلامه هنا : أن الحاكم لا يتولى البيع إلا بعد الإصرار على الإبراء ، وليس مراداً كما نبه عليه في « التحفة » أخذاً من قولهم في (التفليس) : إنه بالامتناع من الوفاء يخير القاضي بين توليه للبيع وإكراهه عليه^(٣) .

قوله : (وَقَضَى الدَّيْنَ مِنْ ثَمَنِهِ) أي : المرهون .

قوله : (دَفْعاً لَضَرَرِ الْمُرْتَهِنِ) تعليل لكل من الإجبار على البيع والقضاء من ثمنه ، قال في « المغني » : (وقد وقع أن شخصاً رهن داراً بدين ثم غاب وله دار أخرى غير مرهونة ، فادعى المرتهن على الغائب عند حاكم وأثبت الرهن والدين ، وكانت كل من الدارين يمكن وفاء الدين من ثمنها ، فترك القاضي الدار المرهونة وباع الدار التي ليست بمرهونة ، فاختلف المفتون في ذلك ؛ فمنهم من أفتى بالجواز ؛ لأن الواجب الوفاء من مال المديون فلا فرق بين المرهون وغيره كما لو لم يكن بالدين رهن ، ومنهم من أفتى بعدم الجواز ؛ لأن بيع المرهون مستحق دون غيره فلا وجه لبيع غيره مع إمكان بيعه ، وأوى من ذلك ما أفتى به السبكي من أن للحاكم بيع ما يرى بيعه من المرهون وغيره ؛ لأن له ولاية على الغائب فيفعل ما يراه مصلحة ، فإن كان للغائب نقد حاضر من جنس الدين وطلبه المرتهن .. وناه منه وأخذ المرهون ، فإن لم يكن له نقد حاضر وكان بيع المرهون أروج

(١) فتح الجواد (١ / ٤٦٠) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التذمة (٨٣ / ٥) .

(٣) تحفة المحتاج (٨٣ / ٥) .

ولا يبيعه الراهن إلا بإذن المرتهن ، فإن أبي . . ألزمه الحاكم : إما بالإذن في بيعه ليأخذ حقه من ثمنه ، أو يبرئه دفعاً لضرر الراهن ؛ فإن أصر ولم يذكر عذراً . . باعه الحاكم وأعلمه ، فإن أبي أخذ ثمنه

وطلبه المرتهن . . باعه دون غيره (انتهى^(١)) ، وكذلك اعتمده الرملي وأشار في « التحفة »^(٢) ، ومر عن « الفتح » الجزم به ، فهو المعتمد .

قوله : (ولا يبيعه) أي : المرهون .

قوله : (الراهن) أي : أو وكيله .

قوله : (إلا بإذن المرتهن) أي : أو وكيله ؛ لأن له في المرهون حقاً ، ولا ينزع الراهن المرهون من يد المرتهن ، فلو حل الدين فقال الراهن : رده حتى أبيع . لم يلزم الرد ، بل يباع وهو في يده ، فإذا وصل حقه إليه . . سلمه للمشتري برضا الراهن إن كان له حق ، أو للراهن برضا المشتري إن لم يكن له حق الحبس ، وإلا . . لم يحتج إلى رضاه كما هو ظاهر ، ولا يسلم المشتري الثمن لأحدهما إلا بإذن الآخر ، فإن تنازعا . . فالحاكم .

قوله : (فإن أبي) أي : المرتهن ؛ بأن لم يأذن في البيع الذي أراده الراهن أو نائبه ولا عذر له في ذلك .

قوله : (ألزمه الحاكم ؛ إما بالإذن في بيعه) أي : المرهون ؛ كأن يقول : ألزمك بأنك تأذن للراهن في البيع .

قوله : (ليأخذ حقه من ثمنه) أي : فيتخلص الراهن من الدين .

قوله : (أو يبرئه) عديل قوله : (بالإذن) أي : وإما أن تبرئ الراهن من الدين .

قوله : (دفعاً لضرر الراهن) تعليل للإلزام المذكور .

قوله : (فإن أصر) أي : بأن دام المرتهن على الامتناع ولم ينفع إجبار الحاكم .

قوله : (ولم يذكر عذراً) أي : سائغاً ، فإن ذكره ؛ كأن أراد الراهن بيع المرهون بالدرهم ودينه دنائير فلم يأذن فيه . . لم يبعه الحاكم بالدرهم .

قوله : (باعه الحاكم) أي : أو أذن للراهن في بيعه ومنعه من التصرف في ثمنه .

قوله : (وأعلمه) أي : أخبر الحاكم المرتهن ليأخذ حقه منه .

قوله : (فإن أبي أخذ ثمنه) أي : المرهون بعد بيع الحاكم .

(١) مغني المحتاج (١٧٦/٢) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٧٥/٤) ، تحفة المحتاج (٨٤/٥) .

أَذَنَ الْحَاكِمُ لِلرَّاهِنِ فِي أَنْتَصُرْفٍ فِيهِ . (وَمُؤْنَةُ الْمَرْهُونِ) الَّتِي بِهَا بَقَاؤُهُ (كَنَفَقَتِهِ) وَأَجْرُهُ رَدُّ الْهَارِبِ ، ودلالةٌ عِنْدَ الْبَيْعِ ، وإِعَادَةُ مَا تَهْدَمُ ، وَسَقْيُ شَجَرٍ

قوله : (أَذَنَ الْحَاكِمُ لِلرَّاهِنِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ) أي : فِي الثَّمَنِ ، فَإِنْ سَأَلَ الرَّاهِنُ الْحَاكِمَ أَنْ يَقْبِضَ الْمَرْتَهَنَ حَقَّهُ . . أَمْرُهُ بِقَبْضِهِ أَوْ إِبْرَائِهِ ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ . . قَبْضُهُ الْحَاكِمَ لِيَبْرَأَ مِنْهُ الرَّاهِنُ وَتَرَكَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ لِلْمَرْتَهَنِ .

قال فِي « التَّحْفَةِ » : (وَلَوْ عَجَزَ الرَّاهِنُ عَنْ اسْتِثْنَانِ الْمَرْتَهَنِ وَالْحَاكِمِ . . فَفَضِيَّةُ كَلَامِ الْمَاورِدِيِّ : تَصْحِيحُ الصَّحَّةِ ، وَهُوَ مُشْكِلٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ [المراد] أَنَّهُ يَبِيعُهُ لَغَرَضِ الْوَفَاءِ وَيَحْجِرُ عَلَيْهِ فِي ثَمْنِهِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ حَيْثُ تَنَزَّاهُ عَلَى الْمَرْتَهَنِ)^(١) ، وَفِي « النَّهْيَةِ » عَنْ الزَّرْكَشِيِّ : (الظَّاهِرُ : أَنْ مَرَادَهُ - أَيِ : الْمَاورِدِيِّ - : حَيْثُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ بِأَنْ تَدْعُو إِلَيْهِ ضَرُورَةٌ ؛ كَالْعَجْزِ عَنْ مُؤْنَتِهِ ، أَوْ الْحَاجَةِ إِلَى مَا زَادَ عَنِ دَيْنِ الْمَرْتَهَنِ مِنْ ثَمْنِهِ)^(٢) .

قوله : (وَمُؤْنَةُ الْمَرْهُونِ) مَبْتَدَأُ خَبَرِهِ قَوْلُهُ : (عَلَى الرَّاهِنِ) .

قوله : (الَّتِي بِهَا بَقَاؤُهُ) خَرَجَ بِهِ : الْمُؤْنُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِمَصْلَحَةِ الْمَرْهُونِ ؛ كَالْفَصْدِ وَالْحِجَامَةِ وَالْمُعَالَجَةِ بِالْأَدْوِيَةِ فَلَا تَجِبُ عَلَى الْمَالِكِ وَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تُسَمَّى مُؤْنًا عَرَفًا ، لَكِنْ لَا يَمْنَعُ مِنْهَا ؛ حِفْظًا لِمَلِكِهِ .

قوله : (كَنَفَقَتِهِ) أَيِ : الرِّقِيقُ الْمَرْهُونُ وَكُسُوتُهُ وَعَلْفُ دَابَّةٍ .

قوله : (وَأَجْرُهُ رَدُّ الْهَارِبِ) أَيِ : وَالضَّالِّ .

قوله : (ودلالةٌ عِنْدَ الْبَيْعِ) أَيِ : وَمَكَانُ الْحِفْظِ .

قوله : (وإِعَادَةُ مَا تَهْدَمُ) أَيِ : مِنَ الدَّارِ الْمَرْهُونَةِ ، قَالَ فِي « الْأَسْنَى » : (وَفَرَقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ عَدَمِ وَجُوبِ ذَلِكَ فِي الدَّارِ الْمُؤْجَرَةِ ؛ بِأَنْ الْإِنْفَاقَ هُنَا لِحِفْظِ مَا تَلَفَ - أَيِ : مِنَ الْبِنَاءِ - وَهُوَ - أَيِ : الْمُنْهَدِمُ بِمَعْنَى آلَاتِهِ - مُوجِدٌ لَمْ يَتَلَفَ ، وَهُنَاكَ لِإِبْدَالِ مَعْدُومٍ - أَيِ : وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ ؛ إِذْ لَا وَجُودَ لَهَا حَقِيقَةٌ وَهِيَ الْمَمْلُوكَةُ لِلْمُسْتَأْجِرِ - وَحِفْظُ الْمَوْجُودِ أَقْرَبُ إِلَى مُقْتَضَى الْعَقْدِ مِنْ إِبْدَالِ مَعْدُومٍ ؛ لِأَنَّهُ فِي حِفْظِ الْمَوْجُودِ لَمْ يَجِدْ لِلْمُسْتَحَقِّ حَقًّا فِي غَيْرِ مَا اسْتَحَقَّهُ ؛ لَوُرُودِ الْعَقْدِ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِهِ فِي الْإِبْدَالِ) انْتَهَى^(٣) ، فَاحْفَظْهُ فَإِنَّهُ لَطِيفٌ .

قوله : (وَسَقْيُ شَجَرٍ) أَيِ : وَجِذَاذِ الثَّمَرِ وَتَجْفِيفُهُ .

(١) تحفة المحتاج (٨٣/٥)

(٢) نهاية المحتاج (٢٧٥/٤) .

(٣) أسنى المطالب (١٦٩/٢) .

(عَلَى الرَّاهِنِ) وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا ؛ لِحَقِّ الْمَرْتَهِنِ اسْتِبْقَاءَ لِلرَّهْنِ ، فَإِنْ غَابَ أَوْ أَعْسَرَ . . رَاجَعَ الْمَرْتَهِنُ الْحَاكِمَ ، وَلَهُ الْإِنْفَاقُ بِإِذْنِهِ ؛ لِيَكُونَ رَهْنًا بِالنَّفَقَةِ أَيْضًا ،

قوله : (على الراهن) أي : المالك ولو معبراً ومولى ، ولو عبر بالمالك . . لكان أولى^(١) ، قال في « التحفة » : (لا على المرتهن إجماعاً إلا ما شذ به الحسن البصري أو الحسن بن صالح ، ومرخبر : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً »)^(٢) .

قوله : (ويجبر عليها لحق المرتهن) أي : لا من حيث الملك ؛ لأذ له ترك سقي زرع وعمارة داره ، ولا لحق الله تعالى ؛ لاختصاصه بذى الروح ، وإنما لم يلزم أموجر عمارة ؛ لأن ضرر المستأجر يندفع بثبوت الخيار له . « تحفة »^(٣) ، ومر عن « الأسنى » فرق آخر .

قوله : (استبقاء للرهن) تعليل للإجبار المذكور ، وسيأتي خبر : « ارهن من رهنه »^(٤) .

قوله : (فإن غاب) أي : المالك ولم يجد له مالاً حاضراً ، قيل : إن المراد به (الغائب) : مال الراهن لا الراهن ، ورد بأنه حينئذ مكرر مع ما بعده ، وبأنه يؤدي إلى أنه إذا غاب ماله دونه . . يباع الجزء ويقترض بغير مراجعة الراهن ، وهو ممنوع ، وبأنه يقتضي أنه إذا لم يكن حاضراً وكان له مال . . أن الحاكم لا يقوم بالمؤمن من ماله ، بل من المرهون ، وهو خلاف القواعد ، تدبر .

قوله : (أو أعسر) أي : عن المؤمن ولو نادرة ، قاله في « الأسنى »^(٥) .

قوله : (راجع المرتهن الحاكم) أي : فيمون الحاكم المرهون من مال مالكة في الأولى ، فإن لم يكن له مال ؛ فمعسر كما في الثانية . . فيقترض عليه أو يبيع من المرهون بقدر المؤنة . « أسنى »^(٦) .

قوله : (وله الإنفاق بإذنه) أي : يجوز للمرتهن الإنفاق على المرهون الذي لا كسب له يكفيه بإذن الحاكم .

قوله : (ليكون رهناً بالنفقة أيضاً) أي : ككونه رهناً بالدين ، قال في « الأسنى » : (كفداء مرهون جنئى على أن يكون رهناً بالدين والفداء)^(٧) ، قال في « حاشيته » : (لأن الأرض متعلق

(١) وهي كذلك في نسخة « المنهج القويم » المثبتة في هامش الأصل .

(٢) تحفة المحتاج (٨٧/٥) ، والحديث أخرجه البخاري (٢٥١١) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) تحفة المحتاج (٨٧/٥) .

(٤) أخرجه البيهقي (٣٩/٦) .

(٥) أسنى المطالب (١٦٩/٢) .

(٦) أسنى المطالب (١٦٩/٢) .

(٧) أسنى المطالب (١٦٩/٢) .

فَإِنْ تَعَذَّرَ اسْتِئْذَانُهُ . . لَمْ يَرَعْ إِلَّا إِنْ أَشْهَدَ بِالْإِنْفَاقِ لِيَرْجِعَ ، أَمَّا نَحْوُ أَجْرَةِ الْفَصْدِ . . فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا إِلَّا لِحَقِّ الْقَنْ . (وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ) وَلَوْ بَعْدَ الْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « الرُّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ »

بالرقبة مع بقاء الرهن ، فإنما رهنها به . . فقد علق بالرقبة ما كان متعلقاً بها ، ولأن للمجني عليه إبطال الرهن بالاستيفاء من لرقبة فصار بذلك كالرهن الجائر ، ويجوز أن يلحق بالجائر ما لا يلحق باللازم ، ولأن ذلك من مصلحة الرهن وحفظه ^(١) .

قوله : (فَإِنْ تَعَذَّرَ اسْتِئْذَانُهُ) أي : الحاكم ؛ كأن لم يكن ثم حاكم ، أو كان ولكن يتوقف الرفع إليه على غرم دراهم وإن قلت كما في نظائر هذه المسألة .

قوله : (لَمْ يَرَعْ) أي : بما أنفقه .

قوله : (إِلَّا إِنْ أَشْهَدَ بِالْإِنْفَاقِ لِيَرْجِعَ) أي : فيرجع بما أنفقه .

قوله : (أَمَّا نَحْوُ أَجْرَةِ الْفَصْدِ) أي : وتوديع الدابة ، وهو بمنزلة الفصد في الأدمين ، وهذا مقابل قوله السابق : (التي لها بقاؤه) .

قوله : (فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا) أي : لا يجبر الراهن عليها ؛ لأنها لا تسمى مؤناً .

قوله : (إِلَّا لِحَقِّ الْقَنْ) أي : فيجبر السيد عليها لحق القن من خالص ماله ، خلافاً لابن الرفعة ، كذا في « الفتح » ^(٢) .

قوله : (وَهُوَ) أي : المرهون .

قوله : (أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ) أي : ولا يسقط بتلفه شيء من الدين ؛ كموت الكفيل بجامع التوثق ؛ لأنه وثيقة بدين ليس بعوض ، ولأنه لو سقط بتلفه . . لكان تضييعاً له .

قوله : (وَلَوْ بَعْدَ الْبَرَاءَةِ مِنَ الدَّيْنِ) أي : ما لم يمتنع من رده .

قوله : (لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) دليل لكونه أمانة في يد المرتهن .

قوله : (« الرهن من رهنه ») « له غنمه وعليه غرمه » هذا تمام الحديث ، رواه الدارقطني وحسنه والحاكم وصححه ^(٣) ، وفي رواية صحيحة : « لا يغلق الرهن على رهنه له غنمه وعليه غرمه » ^(٤) ، قال في « التحنة » : (ومعنى « لا يغلق » أي : لا يملك المرتهن عند تأخر الحق ، أو

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (١٦٩/٢) .

(٢) فتح الجواد (٤٦١/١) .

(٣) سنن الدارقطني (٣٢/٣) . المستدرک (٥١/٢) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) أخرجه البيهقي (٣٩/٦) .

أي : من ضمانه ، فلا يضمنه المرتهن إلا بالتعدي ؛ كأن امتنع من رده بعد سقوط الدين .
(ويصدق) كالمستأجر

لا يكون غلقاً يتلف [الحق] بتلفه فوجب حمله عليهما معاً ، والغلق : ضد الفك من غلق يغلق كعلم يعلم^(١) .

قوله : (أي : من ضمانه) أي : الراهن كما هو عرف لغة العرب في قولهم : الشيء من فلان ؛ أي : من ضمانه ، ونقل عن الشافعي رضي الله تعالى عنه أنه قال : أفصح ما قاله العرب : (الشيء من فلان) أي : من ضمانه ، قال الجمل : (لا من ضمان المرتهن ، فالدلالة على المدعى بمفهوم الحديث)^(٢) .

قوله : (فلا يضمنه المرتهن) تفريع على كون المرهون أمانة بيد المرتهن ، فلو شرط كونه مضموناً . لم يصح الرهن .

قوله : (إلا بالتعدي) أي : في المرهون فإنه يضمنه ، قال في « النهاية » : (استثنى البلقيني - أي : من كون المرهون أمانة بيد المرتهن فيكون مضموناً - ثماني مسائل : ما لو تحول المغصوب رهناً ، أو تحول المرهون غصباً ؛ بأن تعدى فيه ، أو تحول المرهون عارية ، أو تحول المستعار رهناً ، أو رهن المقبوض ببيع فاسد تحت يد المشتري له منه ، أو رهن مقبوض بسوم من المستام ، أو رهن ما بيده بإقالة ، أو فسخ قبل قبضه منه ، أو خالع على شيء - ثم رهنه قبل قبضه ممن خالعه)^(٣) .

قوله : (كأن امتنع) أي : المرتهن ؛ تمثيل للتعدي .

قوله : (من رده) أي : المرهون .

قوله : (بعد سقوط الدين) أي : والمطالبة ، أما قبل سقوطه والمطالبة . فهو باق على أمانته ، قال في « التحفة » : (ولو غفل عن نحو كتاب فأكلته الأرضة أو جعله في محل هو مظنتها . . ضمنه ؛ لتفريطه)^(٤) .

قوله : (ويصدق) أي : المرتهن .

قوله : (كالمستأجر) أي : فإنه نظير المرتهن في هذه المسألة .

(١) تحفة المحتاج (٨٨/٥) .

(٢) فتوحات الوهاب (٢٩١/٣) .

(٣) نهاية المحتاج (٢٨١/٤) .

(٤) تحفة المحتاج (٨٨/٥) .

(فِي دَعْوَى التَّلْفِ) بيمينه ما لم يذكر سبباً ظاهراً . ففيه تفصيل الوديعة (دُونَ الرَّدِّ) لَأَنَّهُمَا قَبْضًا لغرض أنفسهما ، فكانا كالدستعير

قوله : (في دعوى التلف) أي : للمرهون في يده ، قال في « التحفة » : (حيث لا تفريط ، وجعل منه جمع ما لو رهنه قَطَعَ بلخس فادعى سقوط واحدة من يده ؛ قالوا : لأن اليد ليست حرزاً لذلك)^(١) .

قوله : (بيمينه) أي : المرتهن ؛ لأنه أمين ، والمراد : تصديقه حتى لا يضمن ، وإلا . . . فالمتعدي كالغاصب يصدق فيه أيضاً لضمان القيمة .

قوله : (ما لم يذكر سبباً ظاهراً) أي : لتلف ذلك المرهون .

قوله : (ففيه تفصيل الوديعة) حاصله : أنه يحلف في دعوى التلف من غير ذكر سبب أو بذكر سبب خفي ؛ كسرقة ، أو ظاهر ؛ كحريق عرف دون عمومه ، فإن عرف عمومه ولم يتهم . . فلا يحلف ، وإن جهل السبب الظاهر . . طوّل بيّنة بوجوده ثم يحلف أنها تلفت به .

قوله : (دون الرد) أي : فإن المرتهن والمستأجر لا يصدقان في دعوى الرد للراهن والمؤجر ، قال شيخنا رحمه الله تعالى : (والفرق بين الرد وبين التلف حيث يصدقان فيه : أن التلف غالباً لا يتعلق باختيارهما فلا يتمكنان من إقامة البيّنة عليه فيعذران ، بخلاف الرد فإنه يتعلق باختيارهما فلا تتعذر فيه البيّنة) اهـ^(٢)

قوله : (لأنهما قبضاً) أي : المرتهن والمستأجر .

قوله : (لغرض أنفسهما) أي : وهو التوثق بالنسبة للمرتهن ، والانتفاع بالمؤجر بالنسبة للمستأجر ، بخلاف الوديعة والوكيل وسائر الأمناء ، ولذا قالوا : كل أمين ادعى الرد على من أئتمنه . . صدق بيمينه إلا المرتهن والمكتري ، قال (ع ش) : (وليس منه الدلال والصباغ والخياط والطحان ؛ لأنهم أجراء لا مستأجرون - فيصدقون في دعوى الرد بلا بيّنة - قال السبكي : كل من جعلنا القول قوله في الرد . . كانت مؤنة الرد للعين على المالك)^(٣) .

قوله : (فكانا كالمستعير) أي : في عدم تصديقه في دعوى الرد لكون قبضه لغرض نفسه ، وهذا قياس أدنى ؛ لأن المستعير ليس بأمين ، بل هو ضامن . انتهى شيخنا رحمه الله تعالى^(٤) .

(١) تحفة المحتاج (٩٠/٥ - ٩١) .

(٢) إعانة الطالبين (٥٩/٣ - ٦٠) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢١٤/٤) .

(٤) إعانة الطالبين (٦٠/٣) .

ولو رهن شيئاً وشرطاً أنه مبيعٌ للمرتهنِ أو عاريةٌ له بعدَ شهرٍ . . فهو أمانةٌ بيدِ المرتهنِ قبلَ مُضيِّ الشَّهرِ - وإنْ علمَ الفسادَ - ومضمونٌ عليه بعدَ مُضيِّهِ ؛

قوله : (ولو رهن شيئاً وشرطاً) أي : الراهن والمرتهن .

قوله : (أنه مبيعٌ للمرتهن) أي : بعد شهر أو عند الحلول مثلاً ؛ كأن يقول الراهن : رهنتك هذا بشرط أنني ، أو على أنني إن لم أوف بعد الشهر أو عند الحلول . . فهو مبيع منك .

قوله : (أو عارية له) أي : أو شرطاً أنه عارية للمرتهن .

قوله : (بعد شهر) أي : أو عند الحلول مثلاً ، فهو راجع للصورتين ، وكل منهما فاسد ؛ أما الرهن . . فلتأقيته ، وأما البيع أو العارية . . فلتعليقه ، قال في « التحفة » : (ومن ثم : لو لم يؤت ؛ بأن قال : رهنتك وإذا لم أقض عند الحلول - أي : أو بعد شهر - فهو مبيع منك . . كان الفاسد البيع وحده دون الرهن ؛ لأنه لم يشترط فيه شيء) انتهى^(١) ، وإفاقه الخطيب^(٢) ، وخالفه الرملي فقال : (والأوجه : فساده أيضاً)^(٣) .

قوله : (فهو) أي : المرهون بعد قبض المرتهن إياه .

قوله : (أمانة بيد المرتهن قبل مضي الشهر) أي : لأنه مقبوض بحكم الرهن الفاسد ، قال الجمل : (والقبض للرهن وقع عن الجهتين جميعاً ؛ أي : قبض الرهن والبيع)^(٤) أي : أو العارية .

قوله : (وإن علم الفساد) أي : على المنقول المعتمد ، قاله في « النتج »^(٥) .

قوله : (ومضمون عليه) أي : على المرتهن .

قوله : (بعد مضيهِ) أي : الشهر ؛ لأنه مقبوض بحكم الشراء الفاسد ، واستثنى الزركشي ما إذا لم يمض بعده زمن يتأتى فيه القبض وتلف . . فلا ضمان ؛ لأنه الآن على حكم الرهن الفاسد ، ونازعه في « النهاية » كـ « التحفة » بأن القبض يقدر فيه في أدنى زمن عقب انقضاء الرهن من غير فاصل بينهما^(٦) ، وناقشه ابن قاسم بأنه لا بد من مضي زمن عقب ذلك يسع الوصول إليه وقبضه كما

(١) تحفة المحتاج (٩٠/٥) .

(٢) مغني المحتاج (١٨٠/٢) .

(٣) نهاية المحتاج (٢٨٤/٤) .

(٤) فتوحات الوهاب (٢٩٢/٣) .

(٥) فتح الجواد (٤٥٩/١) .

(٦) تحفة المحتاج (٩٠/٥) ، نهاية المحتاج (٢٨٣/٤) .

للقاعدة المشهورة : (إنَّ فاسدَ كلِّ عقدٍ كصحيحه في الأمانة والضمان غالباً)

اقتضاه كلامهم في (بحث القبض)^(١) ، ووجه (ع ش) كلام الزركشي بأنه انتقل من الرهن إلى الشراء الفاسد ذلك الوقت فلا بد . . . إلخ حتى يترتب عليه أحكام الشراء ، فليتأمل^(٢) .

قوله : (للقاعدة المشهورة) أي : عند الأصحاب ، ذكروها في هذا الباب ، والمسألة المذكورة من فروعها ، فالبيع من طردها والرهن من عكسها ؛ لكونهما قد فسدا كما تقرر .

قوله : (إن فاسد كل عقد) أي : إذا صدر من رشيد ، فلو صدر من غيره ما لا يقتضي صحيحه الضمان . . كان مضموناً عليه ، لا يقال : التقييد بالرشيد لا حاجة إليه ؛ لأن عقد غيره باطل لاختلال ركنه لا فاسد والكلام في الفاسد ؛ لأننا نقول : هذا ليس بشيء ؛ لأن الفاسد والباطل عندنا سواء إلا فيما استثنى بالنسبة لأحكام مخصوصة ، فالتقييد في غاية الصحة والاحتياج إليه ، تدبر .

قوله : (كصحيحه في الأمانة والضمان) أي : فإن اقتضى صحيحه الضمان . . ففاسده أولى ، أو عدمه . . ففاسده كذلك ؛ لأن واضح اليد أثبتها بإذن المالك ولم يلتزم بالعقد ضماناً ، فالمقبوض بفاسد بيع أو إعارة مضمون ، وفاسد هبة أو رهن غير مضمون كما تقرر ، والمراد : التسوية في أصل الضمان لا في قدره ولا في الضامن ؛ إذ المبيع يضمن نفى الصحيح بالثمن ، وفي الفاسد بالمثل أو أقصى القيمة ، ومن استأجر لموليه فاسداً . . عليه الأجرة ، وصحيحاً . . عليه في مال موليه .

قوله : (غالباً) أي : أن الأمانة والضمان إنما يثبتان في ذلك غالباً ؛ لأنه يستثنى من الأول الشركة ؛ لضمان كل من الشريكين عمل الآخر مع فسادها لا مع صحتها ، والرهن والإجارة إذا صدرا من غاصب . . كان كل من المرتهن والمستأجر طريقاً في الضمان ، مع أنه لا ضمان في صحيحهما ، ويستثنى من الثاني قول المالك : قارضتك أو ساقيتك على أن الربح أو الثمرة كله لي فهو فاسد ، ولا أجرة للعاسل ، وعقد الجزية من غير الإمام فاسد ، ولا جزية على الذمي ، وغير ذلك مما هو مبسوط في المطولات .

قال جمع : (ولو قيل في هذه القاعدة : كل عين لا تعدي فيها وكانت مضمونة بعقد صحيح كانت مضمونة بفاسد ذلك العقد ، وما لا فلا . . لم يرد شيء من هذه المسائل المستثنيات)^(٣) ، وقال الجمال الرملي : (وفي الحقيقة لا يصح استثناء شيء من القاعدة لا طرداً ولا عكساً ؛ لأن

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (٩٠/٥ - ٩١) .

(٢) حاشية الشبرايملي (٢١٣/٤) .

(٣) انظر « مغني المحتاج » (١٨٠ ، ٢) .

(وَإِذَا وَطِئَ الْمُرْتَهِنُ الْجَارِيَةَ الْمَرْهُونَةَ بِغَيْرِ شُبْهَةٍ . . فَهُوَ زَانٌ) فَيُحَدُّ مَطْلَعًا ، وَيُلْزَمُهُ الْمَهْرُ

المراد بـ « الضمان » : هو المقابل للأمانة بالنسبة للعين لا بالنسبة لأجرة ولا غيرها ؛ فالرهن صحيحه أمانة وفاسده كذلك ، والإجارة مثله ، والبيع والعارية^(١) صحيحهما مضمون وفاسدهما [مضمون] ، فلا يرد شيء (انتهى^(٢)) ، وكان ذلك هو المراد بـ (أبدأ) في قول « البهجة » : [من الرجز] وكالصحيح كل عقد فسادا ضماناً او فقد ضمان أبداً^(٣)

وعليه : فلا حاجة إلى قول الشارح هنا تبعاً لابن المقري في « الإرشاد » : (غالباً)^(٤) الذي هو معنى الأصل في قولهم : (الأصل : أن فاسد كل عقد . .) إلخ ، ولم ينبه في « الغرر » على ذلك .

نعم ؛ نبه على أنه لو عبر بالواو ؛ أي : في قوله : (أو فقد ضمن) كغيره . . كان أولى ، فليتأمل^(٥) .

قوله : (وإذا وطئ المرتهن الجارية المرهونة) اعلم : أن المرتهن في تصرفه في المرهون كالأجنبي في أنه يمنع من التصرف فيه بغير إذن سواء التصرف القولي كالتعق ، والفعل كالمركوب ؛ إذ لا حق له إلا حق التوثق وما يتبعه ، فوطؤه للمرهونة زناً كما ذكره بقيد .

قوله : (بغير شبهة) أي : من المرتهن .

قوله : (فهو زان) أي : كالمكثري إذا وطئ الأمة المستأجرة .

قوله : (فيحد مطلقاً) أي : سواء طأعته الجارية أم لا ، علمت التحريم أم لا .

قوله : (ويلزمه المهر) أي : مهر الثيب إن كانت ثيباً ، ومهر البكر إن كانت بكراً ، قال الزيادي : (ويتجه وجوب أرش البكارة مع عدم الإذن لا مع وجوده ؛ لأن سبب وجوبه الإتلاف ، وإنما يسقط أثره بالإذن ، وهذا هو المعتمد) انتهى ، ونوزع فيه بأن ما هنا من قبيل الغصب الواجب فيه مهر ثيب وأرش ، وأجيب بأن الواطئ هنا لما كان مستنداً لشبهة الرهن . . ألحق بالمشتري شراء فاسداً وهو يجب عليه الأرش مع مهر البكر ، تأمل^(٦) .

(١) في الأصل : (والبيع والإجارة) ، ولعل الصواب ما أثبت ، انظر « نهاية المحتاج » (٢٨٣/٤) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٨٣/٤) .

(٣) بهجة الحاوي (ص ٩٤) .

(٤) الإرشاد (ص ٨٧) .

(٥) الغرر البهية (٢٥٤/٥) .

(٦) انظر « حاشية الشبراملسي » (٨٦/٤) .

ما لم تطاوعه عالمة بالتحريم ، ولولدها منه قن للراهن غير نسيب . أمّا مع الشبهة ؛ كأن ادعى جهل تحريمه وحلف ، أو أسلم قريباً ،

قوله : (ما لم تطاوعه) أي : بأن أكرهها أو كانت نائمة أو نحوها ، أو لم تعلم أنه أجنبي .
 شرواني^(١) .

قوله : (عالمة بالتحريم) أي : حال كون المطاوعة عالمة بالتحريم فلا يلزم المهر حينئذ ،
 وظاهر إطلاقهم : وجوب مهر الجاهلة من غير تقييد بما يأتي ، واستوجهه في « الإيعاب » لأن من
 شأن النساء جهل مثل ذلك مطلقاً ، فليتأمل .

قوله : (ولولدها منه قن للراهن) أي : ملك له .

قوله : (غير نسيب) أي : للمرتهن ، وإنما ذكر هذا بعد إتيانه أنه قن للراهن ؛ لأن الولد قد
 يكون رقيقاً وهو نسيب ؛ كأن تزوج حرباً أو وطئ أمة غيره يظنها زوجته الأمة كما سيأتي .

قوله : (أمّا مع الشبهة) أي : أما وطئ المرتهن الجارية المرهونة مع الشبهة منه ، فهو مقابل
 قول المتن : (بغير شبهة) .

قوله : (كأن ادعى جهل تحريمه) أي : الوطء ، وظاهر كلامهم : أن المراد : جهل تحريم
 وطئ المرهونة ؛ يعني : قال : ظننت أن الارتهان يبيح الوطء ، وإلا . . فكدعوى جهل تحريم
 الزنا ، كذا في « النهاية » و « المغني »^(٢) .

قال (ع ش) : (قضينه : الفرق بين ما لو ادعى جهل تحريم الزنا ووطئ المرهونة ، وقد سوى
 ابن حجر - أي : في « التحفة » - بينهما في الحكم ، وهو : أنه إن قرب عهده بالإسلام أو نشأ بعيداً
 عن العلماء . . قبل ، وإلا . . فلا ، والأقرب ما قاله ابن حجر ؛ سيما إذا كان من أهل البوادي الذين
 لا يخالطون من يبحث عن الحرام والحلال ؛ فإنهم قد يعتقدون إباحة الزنا حتى فيما بينهم وإن كان
 الزنا لم يبيح في ملة من الملل) انتهى ، فليتأمل^(٣) .

قوله : (وحلف) أي : المرتهن على دعواه جهل التحريم .

قوله : (أو أسلم قريباً) أي : ولم يكن مخالطاً لنا ؛ بحيث لا يخفى عليه ذلك كما هو ظاهر ،
 قاله في « التحفة »^(٤) .

(١) حاشية الشرواني (٩١/٥) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٨٥/٤) ، مغني المحتاج (١٨١/٢) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢١٥/٤) .

(٤) تحفة المحتاج (٩١/٥) .

أَوْ نَشَأَ بَعِيداً عَنِ الْعُلَمَاءِ ، أَوْ كَانَتْ لِأَيِّهِ أَوْ أُمِّهِ ، أَوْ أُذِنَ لَهُ مَالُكُهَا ، أَوْ مَعَ ظَنِّهِ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ ، أَوْ أُمَّتُهُ . . . فَلَا حَدَّ ،

قوله : (أَوْ نَشَأَ بَعِيداً عَنِ الْعُلَمَاءِ) أي : بهذا الحكم ، فالمعتبر بالعلماء من يعلم تحريم وطء المهرونة ، وبحث بعضهم ضبط البعد بمسافة القصر ، وأفاد الشبراملسي اعتبار العادة في ذلك ، فليراجع^(١) .

قوله : (أَوْ كَانَتْ) أي : الجارية المهرونة .

قوله : (لِأَيِّهِ أَوْ أُمِّهِ) أي : المرتهن أو فرعه .

قوله : (أَوْ أُذِنَ لَهُ مَالُكُهَا) أي : ولو المعير إن أمكن كون المرتهن يجهل ذلك ؛ بأن لم يكن مشتغلاً بالعلم وإن كان بين أظهر المسلمين ، فلا تنافي بينه وبين قوله السابق : (مطلقاً) إذ قد يخفى التحريم مع الإذن ، قال في « الفتح » : (لَأَنَّ ذَلِكَ خَفِيَ عَلَى عَطَاءٍ وَطَاوُوسَ عَلَى مَا فِي « مَصْنَفِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ » فَغَيَّرَهُمَا أُولَى)^(٢) .

وخرج بـ (المالك) : إذن الراهن المستعير أو الولي فإنه كالعدم ، فلا تقبل دعواه جهل التحريم مع إذنتهما إلا حيث قرب إسلامه أو نشأ بعيداً عن العلماء ، وبحث ابن قاسم وغيره : أن محل ذلك : حيث علم أن الآذن مستعير أو ولي ، فإن ظنه مالكا . . قُبِلَ دعواه جهل التحريم حيث خفي على مثله^(٣) .

قوله : (أَوْ مَعَ ظَنِّهِ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ أَوْ أُمَّتُهُ) ظاهر صنيعه : أنه معطوف على (مع الشبهة) فلا يكون من أفرادها ، ولا يخفى ما فيه ، فلعل الأصوب : حذف (مع) وهاء (ظنه) ، فيقرأ : ظن بصيغة الفعل الماضي عطفاً على (ادعى) ، أو يقرأ : ظنه بالجر عطفاً على مدخول الكاف ، تأمل .

قوله : (فَلَا حَدَّ) جواب (أما مع الشبهة) ، وأفهم كلامه : أنه لو لم يدع الجهل بالتحريم بل علمه . . يحد ، وهو كذلك كما صرحوا به ، قال في « حاشية الروض » : (ولا أثر لمذهب عطاء بن أبي رباح ؛ أي : لما مر : أنه مكذوب عليه ، ويفرض صحته فهي شبهة ضعيفة جداً فلا ينظر إليها ، وقد قال الإمام والبغوي والغزالي : إن الحد لا يدرأ بالمذاهب ، وإنما يدرأ بقوة الأدلة التي يتمسك بها)^(٤) .

(١) حاشية الشبراملسي (٢٨٥ / ٤) .

(٢) فتح الجواد (٤٦٠ / ١) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٩٢ / ٥) .

(٤) حواشي الرملي على شرح الروض (١٧٢ / ٢) .

ويلزمه المهر لغير مطاوعة عالمة بالتحريم ، وألولد حُرَّ نسيب - إِلَّا إِنْ ظَنَّهَا زَوْجَتَهُ الْأُمَّةَ . . فيكون قَنًّا - ويلزمه قيمة الحر . (وَيَبْدَلُ الْمَرْهُونَ) من أرش أو قيمة (إِذَا تَلَفَ) أَوْ جَنَى عَلَيْهِ (رَهْنٌ مِثْلُهُ)

قوله : (ويلزمه المهر) أي : مهر المثل ؛ للشبهة ، ولأن وجوب المهر حيث لا يجب الحد حق الشرع ، فلا يؤثر فيه الإذن ؛ كالمفوضة تستحق المهر بالدخول مع تفويضها .

قوله : (لغير مطاوعة عالمة بالتحريم) أي : كصغيرة مطلقاً ومجنونة ونائمة ومكرهة وجاهلة ، ومر عن الزيادي وجوب أرش البكارة أيضاً مع عدم الإذن لا مع وجوده ، أما المطاوعة العالمة بالحرمة . . فلا مهر لها ؛ إذ لا مهر لبغي ، ولو اختلف الواطئ والأمة في الإكراه وعدمه . . صدق الواطئ كما استقر به (ع ش) لأن الأصل : عدم الإكراه وعدم لزوم المهر ذمة الواطئ^(١) .

قوله : (والولد) أي : عند قبول قول المرتهن في جميع ما مر .

قوله : (حر نسيب) أي : لاحق بالمرتهن ، للشبهة فإنها كما تدرأ الحد تثبت الحرية والنسب .

قوله : (إلا إن ظنها) أي : الجارية المرهونة .

قوله : (زوجته الأمة) أي : فوطئها المرتهن عملاً بظنه المذكور .

قوله : (فيكون قنًا) أي : للمالك ، ولكنه منسوب إلى الواطئ ولا يلزمه القيمة .

قوله : (ويلزمه) أي : المرتهن ، لهذا مرتبط بما قبل المستثنى .

قوله : (قيمة الحر) أي : الولد الحر لمالكها ؛ لتفويته الرق عليه ، وبحث الزركشي استثناء ما لو كان يعتق على الراهن ؛ بأن كانت الأمة لأصله ، ورد بأنه مبني على مرجوح : أن الولد ينعقد رقيقاً ، والمعتمد : أنه ينعقد حراً ، وإذا ملك المرتهن تلك الأمة . . لم تصر أم ولد له ؛ لأنها علقت به في غير ملكه .

نعم ؛ لو كان أباً للراهن . . صارت أم ولد له بالإيلاد ؛ كما هو معلوم في النكاح من أنه يقدر دخولها في ملكه قبيل العلوف .

قوله : (ويبدل المرهون) مبتدأ ، خبره قوله : (رهن مثله) .

قوله : (من أرش أو قيمة) بيان للبدل .

قوله : (إذا تلف) أي : المرهون تحت يد عادية أو أتلف بغير حق ، وهذا راجع للقيمة .

قوله : (أوجنى عليه) أي : المرهون ، وهذا راجع للأرش .

قوله : (رهن مثله) أي : فيصير رهناً مكانه من غير إنشاء عقد ، ومحل ذلك : إن صدق

إِقَامَةٌ لَهُ مَقَامُهُ وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ . نَعَمْ ؛ إِنْ كَانَ الْجَانِي الرَّاهِنَ . . . تَوَقَّفَ رَهْنُ الْبَدْلِ عَلَى غَرَمِهِ ؛ إِذْ لَا فَائِدَةَ لِرَهْنِهِ وَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ ، بِخِلَافِهِ فِي ذِمَّةٍ غَيْرِهِ ،

المرتتهن المقر بالإتلاف أو الجنائية ، بخلاف ما إذا كذبه في إقراره به . . فلا يحكم بكون البدل رهناً وإن صدقه الراهن .

قوله : (إقامة له) أي : البدل .

قوله : (مقامه) أي : المرهون المتلف ؛ فيجعل ذلك بيد من كان الأصل بيده ؛ من مرتتهن أو أجنبي ، بل أو راهن ، ولا يجوز للراهن العفو عنه ولا التصرف فيه إلا بإذن المرتتهن ؛ لتعلق حقه به ، ولو أبرأ المرتتهن الجاني . . . لعا ؛ لأنه ليس بمالك ولم تسقط الوثيقة .

قوله : (وإن لم يقبض) أي : البدل ؛ بأن كان باقياً في ذمة الجاني . . فإنه رهن وإن امتنع رهن الدين ابتداء ؛ لأن ما هنا دوام .

قوله : (نعم ؛ إن كان الجاني . . .) إلخ ، استدراك على كون ما ذكر رهناً وإن لم يقبض .

قوله : (الراهن) بالنصب : خبر (كان) ، وخرج به (الراهن) : المرتتهن ؛ فإنه لو أتلّف المرهون . . كان ما وجب عليه رهناً له ؛ كما في « التحفة » قال : (ولا محذور فيه كما هو ظاهر ؛ إذ فائدته صونه عن تعلق الغرماء به) انتهى^(١) ، ومال إليه الرملي في « النهاية » آخر^(٢) .

قوله : (توقف رهن البدل) أي : صيرورته رهناً .

قوله : (على غرمه) أي : البدل فلا يصير مرهوناً إلا بالغرم ، وعلى هذا : لا يكفي مجرد قبضه ، بل لا بد من قصد دفعه عن جهة الغرم كسائر الديون ، نظير ما مر في قيمة العتيق .

قوله : (إذ لا فائدة لرهنته وهو في ذمته) أي : لا فائدة للحكم على ذلك البدل بأنه مرهون والحال أن ذلك في ذمة الراهن .

قوله : (بخلافه) أي : الحكم بالرهنية .

قوله : (في ذمة غيره) أي : إذا كان ذلك في ذمة غير الراهن ، وهذا الذي استدركه الشارح هنا تبع فيه شيخه في « الأسنى »^(٣) ، لكنه ناقضه في « شرح المنهج » فلم يفرق بين الراهن وغيره في أنه يكون رهناً وإن لم يقبض^(٤) ، قال في « التحفة » : (وهذا هو الأوجه ؛ لأن سبق الرهن اقتضى

(١) تحفة المحتاج (٩٣-٩٢/٥) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٨٧/٤) .

(٣) أسنى المطالب (١٧٢/٢) .

(٤) فتح الوهاب (١٩٨/١) .

ولو لم تنقص القيمة بالتلف كقطع ذكره أو أنثيه أو زاد الأرض على نقصها . . فاز المالك بكل الأرض في الأولى ، وبالإضافة في الثانية

وجوب رعاية وجوده لوجود بدله ، ويلزم من وجوده في الذمة الحكم عليه بالرهنية ليتم التوثق المقصود ، وفرقه المذكور ؛ أي : بأنه لا فائدة . . إلخ . . ممنوع ، بل للحكم عليه بالرهنية في ذمة الراهن هنا ، وثم فائدة أي فائدة ، وهي : أنه إذا مات وليس له إلا قدر القيمة : فإن حكمنا بأن ما في ذمته رهن قام ما خلّنه مقامه . . فيقدم به المرتهن على مؤن التجهيز وبقيّة الغرماء ، وإلا . . قدمت مؤن التجهيز واستوى هو والغرماء ، وكأن الشيخ - أي : في « الأسنى » - ظن انحصار الفائدة في عدم صحة إبراء الراهن الجاني مما في ذمته ، وهذا لا يتأتى إذا كان الجاني هو الراهن ، وليست منحصرة في ذلك كما علمت ، فاتضح ما قررته ، فتأمله (انتهى^(١)) ، وفي « النهاية » نحوه^(٢) .

قوله : (ولو لم تنقص القيمة بالتلف) عطف على (إن كان الجاني الراهن) فهو استدراك أيضاً على كون بدل المرهون رهناً - أي : بتمامه - يدل عليه قول « الأسنى » : (وما ذكر في الجناية محله : إذا نقصت القيمة بها ولم يزد الأرض ، فلو لم تنقص . . إلخ ، تأمل^(٣)) .

قوله : (كقطع ذكره أو أنثيه) أي : فإن الأرض حينئذ ضعفها القيمة والعبد باق .

قوله : (أو زاد الأرض على نقصها) يعني : أو نقصت بذلك ، ولكن كان الأرض زائداً على ما نقص منها ، قال (ع ش) : (كما لو قطعت يده فنقصت قيمته الربع مع كون الأرض نصف القيمة . . فإنه يزيد على ما نقص منها)^(٤) .

قوله : (فاز المالك بكل الأرض في الأولى وبالإضافة في الثانية) هذا معتمد الشارح كشيخه نقلاً عن الماوردي^(٥) ، واعتمد الرملي والخطيب عدم فوز المالك بشيء وأن الجميع رهن قالوا : (لأن حق المرتهن تعلق بذلك ؛ فهو كما لو زاد سعر المرهون بعد رهنه)^(٦) ، زاد « النهاية » : (ولهذا قال البلقيني : لم أر من ذكره غيره - أي : غير الماوردي - وما أظن أنه يوافق عليه ، وتشبيهه في الأولى بنماء الرهن مردود ؛ فإنه لم يتناوله عقد الرهن ، بخلاف أبعاض العبد . .

(١) تحفة المحتاج (٩٣/٥) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٨٧/٤) .

(٣) أسنى المطالب (١٧٢/٢) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٢٨٨/٤ - ٢٨٩) .

(٥) تحفة المحتاج (٩٢/٥) - أسنى المطالب (١٧٢/٢) .

(٦) نهاية المحتاج (٢٨٨/٤) ، مغني المحتاج (١٨٢/٢) .

(وَلَا تَكُونُ زَوَائِدُهُ الْمُنْفَصِلَةُ - كَالْوَلَدِ - مَرْهُونَةٌ ، بَلْ) هِيَ (لِلرَّاهِنِ) لِحُدُوثِهَا بَعْدَ الرَّهْنِ ،
وَأَنْفَصَالِهَا عَنِ الْمَرْهُونِ ؛ فَلَمْ يَكُنْ لِلْمَرْتَهَنِ بِهَا تَعَلُّقٌ

إلخ ، قال - أي : الرملي - : فالراجح : خلاف ما قاله الماوردي ^(١) . قال (ع ش) : (فيكون
بدل الجناية مرهوناً وإن زادت قيمة المرهون) تدبر ^(٢) .

قوله : (ولا تكون زوائده) أي : المرهون .

قوله : (المنفصلة كالولد) أي : والثمر واللبن والصوف والمهر والكسب وغيرها ، وخرج
بـ (المنفصلة) : المتصلة ؛ كسمن وكبر شجرة وتعلم صنعة فإنها مرهونة ؛ تبعاً لأصلها ، ولعدم
تميزها ، قال بعضهم : (ضابط المتصلة : هي التي لا يمكن إفرادها بالعند ، والمنفصلة : هي التي
يمكن إفرادها به ، فالحمل من المتصلة) ^(٣) ، وقد يعبر عن المنفصلة بالعينية ، والمتصلة
بالوصفية .

قوله : (مرهونة) خبر (لا تكون) .

قوله : (بل هي للراهن) أي : المالك فلا يسري إليها الرهن .

قوله : (لحدوثها بعد الرهن وانفصالها عن المرهون) تعليل لعدم كونها مرهونة ، وعلل أيضاً
بأن الرهن عقد لا يزيل فلا يسري إليها كالإجارة .

قوله : (فلم يكن للمرتهن بها تعلق) من تنمة التعليل ، فلورهن حاملاً وحل الأجل وهي حامل
أو مست الحاجة لبيعها قبل . . بيعت كذلك ؛ لأنه معلوم أو صفة تابعة ، وعلى كل منهما يشمل
الرهن ، وإن ولدته . . بيع معها ، وإن كانت حاملاً عند البيع دون الرهن . . فالولد ليس برهن ؛
لحدوثه بعده ، وهو بمنزلة المنفصلة ؛ لأن الأصح : أنه يعلم ويقابل بقسط من الثمن ، ولكن
لا تباع حتى تضعه ؛ لتعذر استثنائه ، والتوزيع عليه وعلى الأم ؛ للجهل بنيمته .

نعم ؛ لو سأل الراهن في بيعها وتسليم الثمن كله للمرتهن . . جاز بيعها كما نص عليه في
« الأم » . انتهى من « التحفة » ^(٤) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) نهاية المحتاج (٢٨٨ - ٢٨٩) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٢٨٩ / ٤) .

(٣) انظر « فتوحات الوهاب » (٢٩٥ / ٣) .

(٤) تحفة المحتاج (٩٥ / ٥) .

(فَصْلٌ)

(وَيَنْفَسِخُ الرَّهْنُ بِالْبَرَاءَةِ مِنْ جَمِيعِ الدَّيْنِ) يعني : بفراغِ الدَّيْنِ منه وَلَوْ بنحوِ حِوَالَةٍ مِنْ الرَّاهِنِ للمرتهنِ ، أَوْ مِنَ الْمَرْتَهِنِ غَرِيمِهِ عَلَى الرَّاهِنِ ، وبِاعْتِيَاظِ عَيْنٍ عَنْهُ مَا لَمْ تَتْلَفَ قَبْلَ قَبْضِهَا . فَعُلِمَ

قوله : (فصل) أي : في بيان انفكاك الرهن واختلاف المتعاقدين .

قوله : (وينفسخ الرهن بالبراءة) أي : وينفسخ المرتهن كما سيأتي في المتن ، وبالبيع للمرهون بإذن المرتهن أو الحاكم أو في الجناية كما مر ، وتلفه بأفة سماوية ، وبقتله بحق ؛ لفوات المحل فيهما بلا بدل .

قوله : (من جميع الدين) أي : الذي رهن به .

قوله : (يعني : بفراغ الدَّيْنِ منه) أتى بهذه الغاية ؛ لما قد يتوهم أن المراد بـ (البراءة) : خصوص إبراء المرتهن الراهن من الدين .

قوله : (وَلَوْ بنحوِ حِوَالَةٍ . . .) إلخ ؛ أي : كأداء أو إبراء أو إقالة أو غيرها ، قال (ع ش) : (كجعل الدائن ماله من الدين على المرأة صداقاً لها ، أو جعل المرأة مثلاً ماله من الدين على الزوج صداقاً عوض خلع)^(١) .

قوله : (وباعتياض عين عنه) أي : عن الدين فينفك الرهن به ؛ لتحول الحق من الدَّيْنِ إلى العين .

قوله : (ما لم تتلف قبل قبضها) أي : العين ، فإن تلفت قبل القبض لها . . عاد المرهون رهنًا ؛ كما عاد الدين لبطلان الاعتياض^(٢) ، قال في « التحفة » : (وإن قلنا : إن الفسخ إنما يرفع العقد من حينه ؛ لعود الدين الذي هو سببه ، وإنما لم يعد ضمان غاصب إذن له المالك في البيع ثم انفسخ ؛ لأن الغصب الذي هو سبب الضمان لم يعد ؛ أي : مع تضمن إذن له في البيع براءته من ضمانه ، وبه يفرق بينه وبين وكيل باع ما تعدى فيه ثم ردَّ إليه بالفسخ)^(٣) ، وفرق ابن قاسم أيضاً : بأن الوكيل إنما صار ضامناً ؛ لوضع يده على العين بعد ارتفاع البيع ، والغاصب لم يوجد منه وضع يده على العين بعد ارتفاع انبيع الذي قطع الضمان في الموضوعين ، تأمل^(٤) .

قوله : (فعلم) أي : من قول المصنف : (من جميع الدين) .

(١) حاشية الشيرازي (٢٠٥ / ٤) .

(٢) في الأصل : (لبطلان اعتياض) ، ولعل الصواب ما أثبت ، انظر « تحفة المحتاج » (١٠١ / ٥) .

(٣) تحفة المحتاج (١٠١ / ٥) .

(٤) حاشية ابن قاسم على التحة (١٠١ / ٥) .

ما أجمعوا عليه مِنْ أَنَّهُ لَا يَنْفَكُ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ مَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ . (وَبِفَسْخِ الْمُرْتَهَنِ) الرَّهْنُ الْجُعْلِيُّ ؛ لِأَنَّهُ جَائِزٌ مِنْ جِهَتِهِ . (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَعَاقِدَانِ : الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ فِي قَدْرِ) الشَّيْءِ (الْمُرْتَهَنِ)

قوله : (ما أجمعوا عليه) أي : كما نقله ابن المنذر ، قاله في « المغني »^(١) .

قوله : (من أنه لا ينفك شيء من الرهن) أي : المرهون .

قوله : (ما بقي شيء من الدين) أي : ولو قليلاً ؛ لأن المرهون كله وثيقة على كل جزء من الدين ، ولذا : لو شرط كلما قضي من الحق شيء انفك من الرهن بقدره . . فسد الرهن ؛ لاشتراطه ما ينافيه .

نعم ؛ إن تعدد العقد ؛ كأن رهن نصف عبد في صفقة وباقيه في أخرى ثم برىء الراهن من أحد الدينين بالأداء مثلاً . . فينفك الرهن في النصف المتعلق به حيث كان الأداء بقصد البراءة منه ، لا إن قصد الأداء على الشيوع ، ومثل ذلك : إذا تعدد مستحق الدين أو المدين أو مالك المَعَار . . فينفك بعضه بالقسط .

قوله : (وبفسخ المرتهن) أي : وينفسخ الرهن بفسخ المرتهن ولو بدون الراهن منه .

قوله : (الرهن الجعلي) كما هو الكلام ، وخرج به : التركة إذا قلنا : إنها مرهونة بالدين ، وهو الأصح كما سيأتي ، وأراد صاحب الدين [الفسخ] . . لم يكن له ذلك ؛ لأن الرهن لمصلحة الميت فالفك يفوتها^(٢) .

قوله : (لأنه) أي : الرهن الجعلي .

قوله : (جائز من جهته) أي : المرتهن ، وخرج به : الراهن فلا يفسخ بفسخه ؛ لأنه لازم من جهته ، قال في « النهاية » : (ولو فك المرتهن - أي : الرهن - في بعض المرهون . . انفك - أي : في ذلك البعض - وصار الباقي رهناً بجميع الدين ؛ لأن الحق له فله إسقاط بعضه كما له إسقاط كله ، ومثله : ما لو تلف بعض المرهون . . انفك فيما تلف ، ذكره البلقيني) انتهى بزيادة^(٣) .

قوله : (وإذا اختلف المتعاقدان) شروع في الشق الثاني من شقي الترجمة .

قوله : (الراهن والمرتهن) بالرفع بدل من (المتعاقدان) ، ومثلهما : نائبهما .

قوله : (في قدر الشيء المرتهن) أي : كأن يقول المرتهن : رهتني الأرض بشجرها فقال

(١) مغني المحتاج (٢/ ١٨٥) .

(٢) مغني المحتاج (٢/ ١٨٥) .

(٣) نهاية المحتاج (٤/ ٢٩٥) .

- بفتح ألهاء - أو الدين المرهون (به . . صدق الراهن يمينه) لأن الأصل عدم ما يدعي المرتهن من الزيادة فيهما ، وكذا يصدق لو قال : إنما أذنت في قبضه وديعة

الراهن : بل وحدها ، وكذا في عين المرهون ؛ كهذا العبد فقال بل الثوب ، قال ابن قاسم عن « الإيعاب » : (ولا يحكم هنا برهن العبد ؛ نظراً لإنكار الراهن ، ولا الثوب ؛ نظراً لإنكار المرتهن ، ذكره في « المذهب » وغيره)^(١) .

قوله : (بفتح الهاء) أي : بصيغة اسم المفعول ؛ بمعنى : المرهون .

قوله : (أو الدين المرهون به) أي : كبالفين فقال : بل بألف ، وكذا في عين المرهون به ؛ كدراهم ودنانير ، أو صفته ؛ كأن يدعي المرتهن أنه رهن على المئة الحالة فيستحق بيعه ، والراهن أنه على المؤجلة .

قوله : (صدق) أي : وإن كان المرهون بيد المرتهن وإن لم يبين الراهن جهة كونه في يده على الأوجه . « تحفة »^(٢) .

قوله : (الراهن) أي : أو مالك العارية كما في « التحفة »^(٣) ، ومقتضاه : أنه لو وافق المستعير المرتهن على دعواه وأنكره مالك العارية . . صدق أيضاً فيحلف ويسقط قول المستعير والمرتهن ، أفاده (ع ش)^(٤) .

قوله : (يمينه) أي : الراهن المالك حيث لم يقم به مانع من الحلف ؛ كصباً وجنون أو سفه وقد رهن الولي فإنه الذي يحلف دونه إذا لم يزل الحجر عنهم . (ع ش)^(٥) .

قوله : (لأن الأصل . .) إلخ ، تعليل لتصديق الراهن .

قوله : (عدم ما يدعي المرتهن من الزيادة فيهما) أي : في الصورتين .

قوله : (وكذا يصدق) أي : الراهن يمينه .

قوله : (لو قال : إنما أذنت في قبضه) أي : الشيء .

قوله : (وديعة) أي : وقال المرتهن : بل أذنت فيه عن جهة الرهن ، قال في « الفتح » : (لأن الأصل : عدم الإذن فيه عن هذه الجهة .

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٠٣/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (١٠٣/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (١٠٣/٥) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٢٩٧/٤) .

(٥) حاشية الشبراملسي (٢٩٧/٤) .

أَوْ نَحْوَهَا ، أَوْ لَمْ آذَنْ فِي قَبْضِهِ ، أَوْ لَمْ أَرْهَنْ بِالْكَلِيَّةِ . هَذَا (إِنْ لَمْ يُشْتَرَطِ) الرَّهْنُ (فِي بَيْعِ ، وَإِلَّا) بَأَنْ شُرِطَ فِيهِ وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْمَرْهُونِ ، أَوْ عَيْنِهِ ، أَوْ قَدْرِ الْمَرْهُونِ بِهِ . وَكَذَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِ اشْتِرَاطِ الرَّهْنِ فِيهِ

نعم ؛ إن اتفقا على الإذن فيه عن جهة وادعى المرتهن أنه قبض عنها وأنكر الراهن حلف المرتهن ؛ لأنه أعرف بقصده (تأمل ^(١)) .

قوله : (أَوْ نَحْوَهَا) أي : كعارية وإجارة ، وبحث السبكي في صورة العارية : أن محل قبول قول الراهن فيها بالنسبة لكون القبض ليس عن جهة الرهن لا لثبوت العارية حتى تصير العين مضمونة ، وهو متجه . جمل عن الشوبري ^(٢) .

قوله : (أَوْ لَمْ آذَنْ فِي قَبْضِهِ) عطف على (إِنَّمَا أَذْنَتْ . . .) إلخ ؛ أي : كأن قال مرتهن هو بيده : إنه قبضه بالإذن ، وأنكره الراهن وقال : بل غصبته فإن الراهن هو المصدق بيمينه ؛ لأن الأصل : عدم إذنه ، فلو تلف في يد المرتهن لم تلزم قيمته على المرتهن كما استقر به (ع ش) لأن يمين الراهن إنما قصد بها دفع دعوى المرتهن لزوم الرهن ، ولا يلزم من ذلك ثبوت الغصب ولا غيره ، تأمل ^(٣) .

قوله : (أَوْ لَمْ أَرْهَنْ بِالْكَلِيَّةِ) عطف أيضاً على (إِنَّمَا أَذْنَتْ . . .) إلخ ؛ أي : بأن اختلفا في أصل الرهن ؛ كأن قال : رهنتني كذا فأنكر فإن الراهن هو المصدق بيمينه ؛ لأن الأصل : عدم ما يدعيه المرتهن ، لكن تسميته راهناً بالنظر للمدعي ؛ وإلا فمُنْكَرُ الرهن ليس براهن ، تأمل .

قوله : (هَذَا) أي : تصديق الراهن بيمينه في جميع الصور المذكورة .

قوله : (إِنْ لَمْ يُشْتَرَطِ الرَّهْنُ فِي بَيْعِ) أي : بأن كان رهن تبرع .

قوله : (وَإِلَّا بَأَنْ شُرِطَ فِيهِ) أي : في البيع باتفاقهما .

قوله : (وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْمَرْهُونِ) أي : كالأرض بشجرها ، أو الأرض فقط .

قوله : (أَوْ عَيْنِهِ) أي : المرهون ؛ كالعبد أو الجارية .

قوله : (أَوْ قَدْرِ الْمَرْهُونِ بِهِ) أي : كميتين أو مئة .

قوله : (وَكَذَا لَوْ اخْتَلَفَا) أي : المتعاقدان .

قوله : (فِي أَصْلِ اشْتِرَاطِ الرَّهْنِ فِيهِ) أي : في البيع .

(١) فتح الجواد (٤٥٨/١) .

(٢) فتوحات الوهاب (٣٠١/٣) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢٩٩/٤) .

(. . تَحَالَفًا ، وَفُسْخَ الْبَيْعِ ، كَمَا سَبَقَ) فِي التَّحَالَفِ .

قوله : (تحالفا) أي : ويبدأ بالبائع وهو المرتهن ؛ كأن يقول البائع في الأخيرة : والله ؛ ما بعثك بغير اشتراط ، وإنما بعثك بشرط الرهن ، ويقول المشتري : والله ؛ ما اشتريت بشرط الرهن ، وإنما اشتريت من غير شرط ؛ وذلك لرجوع الاختلاف حينئذ إلى كيفية عقد البيع ، ومن ثم لو اختلفا في الوفاء بما شرطاه ؛ كأن قال المرتهن : رهننت مني المشروط رهنه وهو كذا فأنكر الراهن . . فلا تحالف حينئذ ؛ لأنهما لم يختلفا في كيفية البيع الذي هو موقع التحالف ، بل يصدق الراهن بيمينه ويأخذ الرهن ، وللمرتهن الفسخ إن لم يرهن ، تأمل .

قوله : (وفسخ البيع) أي : من أصله ؛ لاتفاقهما على عدم حصوله ، وهذا في الصورة الأخيرة ، وأما في الثلاثة الأول . . فيفسخ الرهن أولاً ثم يثبت للبائع الخيار في فسخ البيع ، أفاده الجمل^(١) .

قوله : (كما سبق في التحالف) أي : وإنما تعرض له هنا استدراكاً على الإطلاق ؛ وإلا . . فقد علم مما مر في بابه ، ولو أقر الراهن بإقباض المرهون للمرتهن ثم قال : لم يكن إقرارى عن حقيقة . . فله تحليف المرتهن أنه قبض المرهون قبضاً صحيحاً وإن كان الإقرار في مجلس الحاكم بعد الدعوى عليه ولم يذكر لإقراره تأويلاً ؛ لأننا نعلم أن الوثائق يشهد فيها غالباً قبل تحقيق ما فيها ، وفائدة التحليف : رجاء أن يقر المرتهن عند عرض اليمين عليه بعدم القبض ، أو ينكل عنها فيحلف الراهن ويثبت عدم القبض .

قال في « التحفة » : (ومحل ذلك - أي : اعتبار إقرار الراهن - في قبض ممكن ، وإلا ؛ كقول من بمكة : رهننته دارى اليوم بالشام وأقبضته إياها . . فهو لغو نص عليه ، قال القاضي أبو الطيب : وهذا يدل على أنه لا يحكم بما يمكن من كرامات الأولياء ، ولهذا قلنا : من تزوج امرأة بمكة وهو بمصر فولدت لسته أشهر من العقد . . لا يلحقه الولد ، قال الزركشي : نعم ؛ إذا ثبتت الولاية . . وجب ترتيب الحكم على الإمكان على طريق الكرامة ، قاله في « المطلب » انتهى ، وهو إنما يأتي فيما بين الولي وبين الله في أمر موافق للشرع مكنه منه خرقاً للعادة وفعله ، فيترتب عليه أحكامه باطناً ، أما ظاهراً . . فلا نظر للإمكان كرامة مطلقاً) انتهى^(٢) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) فتوحات الوهاب (٣/ ١٣) .

(٢) تحفة المحتاج (١٠٧/٥) .

(فَضْلٌ)

(مَنْ مَاتَ وَفِي ذِمَّتِهِ دَيْنٌ .. كَانَتْ تَرِكَتُهُ مَرْهُونَةً بِدَيْنِهِ ، سَوَاءً كَانَ الدَّيْنُ قَلِيلاً أَوْ كَثِيراً) اللَّهُ تَعَالَى ، أَوْ لَادَمِي

قوله : (فصل) أي : في بيان تعلق الدين بالتركة ؛ وهو الرهن الشرعي .

قوله : (من مات) أي : من ذكر أو غيره صغير أو كبير .

قوله : (وفي ذمته دين) مر أن معناها لغة : العهد والأمان ، واصطلاحاً : الذات والنفس ، وعن ابن عبد السلام : هي معنى مقدر في المحل يصلح للإلزام والالتزام ، قال : وعليه : الميت له ذمة باقية ؛ لأنه ملزم وملتزم له . انتهى ، وهذا هو الأوفق بكلامهم هنا .

قال في « حاشية الروض » : (وأما قولهم : إن ذمة الميت خربت .. فمعناه : أنها خرجت عن صلاحية المطالبة في الدنيا ، لا أنها ليست صالحة للشغل بالديون بنحو رد مبيع بعيب وتردي بهيمة في بئر حفها في محل عدوان بعد موته) تدبر^(١) .

قوله : (كانت تركته) أي : كلها ، فيشتمل ما لو مات عن خمر فتخللت بعد موته ، وكذا الدية المأخوذة في قتله ؛ بناء على الأصح من دخولها في ملكه قبل موته . « حاشية الروض »^(٢) .

قوله : (مرهونة بدينه) يعني : يتعلق دينه بها كتعلق الدين بالمرهون رهناً جعلياً ، وإن كان بذلك الدين رهن . . فيتعلق بالرهن تعلقاً خاصاً ، وبالتركة تعلقاً عاماً ، وفائدة الثاني : أن الرهن إذا لم يف به .. يزاحم بما بقي له ، تأمل .

قوله : (سواء كان الدين قليلاً أو كثيراً) أي : ما عدا لقطة تملكها ؛ لأن صاحبها قد لا يظهر فيلزم دوام الحجر لا إلى غاية ، وقد صرح النووي في « شرح مسلم » بأن لا مطالبة بها في الآخرة ؛ لأن الشارع جعلها من جملة كسبه^(٣) .

قوله : (لله تعالى) أي : كالزكاة والحج ، قال بعضهم : (فليس للوارث أن يتصرف في شيء من التركة حتى يتم الحج ، ولا يكفي الاستئجار ودفع الأجرة) فليتب^(٤) .

قوله : (أو لآدمي) أي : غير الوارث ، أما دين الوارث الحائز .. فيسقط إن ساوى التركة أو نقص ، وإلا .. سقط بقدرها ، ودين أحد الورثة يسقط منه قدر ما يلزمه منه لو كان لأجنبي ،

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٢٣٥ / ٢) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٣ / ٣) .

(٣) شرح صحيح مسلم (٢٣ / ١٢) .

(٤) انظر « تحفة الحبيب » (٦٧ / ٣) .

وَيُقَدَّمُ مِنْهُ مَا يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ التَّرَكَةِ ؛ كَالزَّكَاةِ ، وَالرَّهْنِ ، وَالْجَنَائِيَةِ ، وَرَجُوعِ الْبَائِعِ فِيمَا مَاتَ مُشْتَرِيهِ مَفْلَسًا ، وَسَكْنَى الْمُعْتَدَّةِ . وَحَقُّ إِيْتَاءِ الْمَكَاتِبِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَلْصُورِ الْكَثِيرَةِ الَّتِي ذَكَرْتُهَا

والباقي يتعلق بجميع التركة كدين الأجنبي .

قوله : (ويقدم منه) أي : مما ذكر من الديون وجوباً عند ضيق التركة ، وإلا . . فندباً .

قوله : (ما يتعلق بعين التركة) أي : بخلاف الديون التي في ذمته ؛ فإنها مؤخرة عن مؤن

التجهيز .

قوله : (كالزكاة) أي : الواجبة في التركة قبل موته وإن كان من غير الجنس ، ولو تلف النصاب بعد التمكن إلا قدر الزكاة ؛ كشاة من أربعين مات عنها فقط . . لم يقدم إلا ربع عشرها على المعتمد ؛ لأن حق الفقراء من التالف ديون مرسله فيؤخر ؛ لما مر : أن الكلام في زكاة متعلقة بعين موجودة ، تأمل .

قوله : (والرهن) أي : المرهون رهناً جعلياً ؛ أي : وإن حجر على الراهن بعده أو أثر به بعض غرمائه في مرض موته إذ أقبضه . . فيقدم حق المرتهن على مؤن التجهيز ، بخلاف ما لو أقبضه وارث الراهن بعد موت مورثه . . فإنه لا يقدم على المعتمد .

قوله : (والجناية) أي : المتعلق بها مال ولو بالعفو عن القود ؛ فيقدم المجني عليه بأقل الأمرين من الأرض وقيمة الجاني حتى على المرتهن ؛ لانحصار تعلقها في الرقبة ، فلو قدم غيرها . . فانت والرهن يتعلق بالذمة ؛ ففي تقديم الجناية جمع بين المصلحتين ، تأمل .

قوله : (ورجوع البائع فيما مات مشتريه) أي : بضمن في الذمة .

قوله : (مفلساً) أي : بضمنه ولم يكن هناك مانع من الفسخ فيمكن البائع منه ويفوز به حجر عليه قبل موته أم لا ، فإن وجد مانع من الفسخ ؛ كتعلق حق لازم به ككتابة وكتأخير الفسخ بلا عذر . . قدم التجهيز عليه ؛ لانتفاء التعلق بالعين حينئذ .

قوله : (وسكنى المعتدة) أي : عن الوفاة فتقدم بأجرته على مؤن التجهيز .

قوله : (وحق إيتاء المكاتب) أي : ما وجب للمكاتب على سيده من الإيتاء من نجوم الكتابة

إذا قبضها السيد ومات قبل الإيتاء والمال كله أو بعضه باق فإن المكاتب مقدم على غيره .

قوله : (وغير ذلك من الصور الكثيرة) أي : كما أشار إليه هنا بالكاف فيما مر ، والحاصل لها

التعلق بالعين ، فهو أمر كلي لا تكاد تحصر جزئياته ، قال ابن العماد : (وقد جمعت فروع ما يقدم

على مؤنة التجهيز فجاءت نحو الأربعين مسألة) .

قوله : (التي ذكرتها) أي : أكثرها لا كلها .

مع ما فيها في « شرح الإرشاد » . ثم بعد الحق المتعلق بالتركة تقدم مؤنة تجهيزه ، وتجهيز ممونه

قوله : (مع ما فيها) أي : من الفوائد النفيسة .

قوله : (في « شرح الإرشاد ») أي : فقد ذكر فيه زيادة على ما ذكره هنا نحو خمس عشرة صورة .

منها : القرض ؛ فإذا مات المقرض عما اقترضه فقط . . فالمقرض مقدم به .

ومنها : عامل القراض إذا أتلّف صاحب المال مال القراض بعد الربح وقبل القسمة إلا قدر حصّة العامل ومات ولم يترك غيره . . فالعامل مقدم به .

ومنها : ما لو رد المشتري المبيع بعيب إلى البائع ومات قبل إقباضه الثمن أو إلى وارثه بعد موته . . فيقدم المشتري بالمبيع حيث لم يوجد غيره .

ومنها : ما لو أصدقها عينا ثم طلقها قبل الدخول وماتت عن العين أو نصفها فقط . . فيقدم الزوج بالنصف .

ومنها : أنه لو مات آخذ الزكاة المعجلة التي وجب ردها لسبب قبل ردها . . فيقدم مالکها على مؤن التجهيز ، قال : ويظهر تقديم المعتدة على بائع المفلس والمقرض ، وتقديم المكاتب بالإيتاء على من يتصور اجتماعه معه ، ويقدم كل من الزكاة والكفارة والحج على دين الآدمي . انتهى بنقص كثير .

قوله : (ثم بعد الحق المتعلق بالتركة) أي : بعينها ، وإنما قدم هذا الحق في تلك الصور على مؤن التجهيز ؛ إشاراً لألّهم كما تقدم تلك على حقه في الحياة .

قوله : (تقدم مؤنة تجهيزه) أي : من نحو كفن وحنوط وماء وأجرة غسل وحمل وحفر حيث لا زوج أو لا مؤنة عليه لنشوز ؛ وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم في الذي رقصته ناقته : « كفنوه في ثوبيه »^(١) ولم يسأل هل عليه دين أم لا ، ولأنه محتاج إلى ذلك ، وإنما يدفع إلى الوارث ما يستغني عنه المورث ؛ لأنه إذا ترك للحي عند فلسه دست ثوب يليق به . . فالميت أولى أن يستر ويوارى ؛ لأن الحي يعالج ويسعى لنفسه ، وقد كفن صلى الله عليه وسلم مصعباً رضي الله تعالى عنه في برد له ولم يكن له غيرها^(٢) .

قوله : (وتجهيز ممونه) أي : الميت قبله ، وكذا معه كما نقل عن « الإمداد » ، وخرج بذلك

(١) أخرجه البخاري (١٨٥١) ، ومسلم (١٢٠٦) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٢) أخرجه البخاري (٣٨٩٧) ، ومسلم (٩٤٠) عن سيدنا خباب بن الارت رضي الله عنه .

كزوجته - ولو موسرة - بالمعروف بحسب يساره وإعساره ، لا ممّا كان عليه في حياته . ثمّ دينه المتعلّق بذمّته ، وقُدّمت أوصية عليه في الآية ؛ حملاً للورثة على بذلها ، لعدم رضاهمّ بها غالباً . وعُلم من كلامه أنّه لو كانت تركته ألوفاً

عن الذي مات بعده فلا يجهز من تركته ؛ لانتقالها إلى ملك الوارث قبل موت الممّون .
 قوله : (كزوجته ولو موسرة) أي : حيث كان الزوج غنياً عليه نفقتها ، ومثلها خادمها والبائن الحامل ، وخرج بـ (التي تجب نفقتها عليه) : الناشئة والصغيرة ، وبـ (الغني) : الفقير فمؤن تجهيزها في مالها كما مر .

قوله : (بالمعروف ...) إلخ ، راجع للصورتين .
 قوله : (لا ممّا كان عليه في حياته) أي : فإنه لا عبرة بما كان عليه في حال حياته من إسرافه وتقتيره ، ولو اجتمع جمع من ممّونه وماتوا دفعة واحدة .. قدم من يخشى تغييره وإن بعد وكان مفضولاً ، ثم الزوجة ، ثم المملوك الخادم لها ، ثم غيره ، ثم الأب ، ثم الأم ، ثم الأقرب فالأقرب كما مر في (الجدّثز) .

قوله : (ثم دينه المتعلّق بذمّته) أي : لله تعالى أو لآدمي ؛ لأن ذلك حقوق واجبة عليه ، ثم بعد الدين تنفذ وصاياه وما ألحق بها من ثلث الباقي ، والباقي للورثة ؛ بمعنى : أنهم يتسلطون عليه بالتصرف كما سيأتي .

قوله : (وقدمت الوصية عليه) أي : على الدين ذكراً .
 قوله : (في الآية) أي : في قوله : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ .
 قوله : (حملاً للورثة على بذلها) أي : حتّى لهم على امتثال وجوب إخراجها والمسارة إليه ، ولهذا : عطف بـ (أو) لتسوية بينها وبين الدين في الوجوب عليهم ، وليفيد تأخر الإرث عن أحدهما كما يفيد تأخره عنهما بمفهوم الأولى ، تأمل .

قوله : (لعدم رضاهم بها غالباً) أي : فإن نفوس الورثة شاقة بها لكونها بلا عوض ، والدين نفوسهم مطمئنة إلى أدائه ، وأيضاً : فإن الوصية قرينة ، وإنها للضعاف عليه والدين من الأغنياء ، وما نقل عن أبي ثور من تقديم الوصية على الدين شاذ .

قوله : (وعلم من كلامه) أي : المصنف رحمه الله حيث قال فيما مر : (سواء كان الدين قليلاً أو كثيراً) .

قوله : (أنه لو كانت تركته) أي : الميت .

قوله : (ألوفاً) أي : من الدراهم أو الدينانير أو غيرهما .

ودينه دانقاً . . كانت مرهونة به ؛ لأنه أحوط للميت ، وأقرب إلى براءة ذمته (فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُ الْوَارِثِ) في شيء منها (يَبِيعُ أَوْ غَيْرِهِ) مع وجود الدين ولو جهله الوارث (قَبْلَ قَضَائِهِ) بغير إذن الدائن

قوله : (ودينه دانقاً) أي : أو أقل ، قال في « المصباح » : (الدائن معرب ، وهو : سدس درهم ؛ وهو حبتا خرنوب وثلاثا حبة خرنوب ؛ لأن الدرهم ست عشرة خرنوباً) انتهى ملخصاً^(١) .

قوله : (كانت مرهونة به) أي : وهو الأصح ، واغتفرت هنا جهالة المرهون لكون الرهن من جهة الشرع ، قال في « المغني » : (والثاني : إن كان الدين أقل . . تعلق بقدره من التركة ، ولا يتعلق بجميعها ؛ لأن الحجر في مال كثير بشيء حقير . . بعيد)^(٢) .

قوله : (لأنه أحوط للميت وأقرب إلى براءة ذمته) أي : ففي ذلك مراعاة لمصلحة الميت ، قال ابن قاسم : (ثم إذا وفّت التركة بالدين . . فلا تكون نفسه مرتهنة به ، قاله الماوردي ؛ مستدلاً بموته صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة)^(٣) .

قوله : (فلا يصح تصرف الوارث في شيء منها) أي : من التركة لنفسه ولو بإذن رب الدين كما اقتضاه إطلاعهم ، بخلاف تصرفه لقضاء الدين كما سيأتي .

قوله : (يبيع أو غيره) أي : من التصرفات ، بل أفتى بعضهم بمنع القسمة فيما إذا كانت التركة شائعة مع حصة شريك الميت وإن رضي الدائن ؛ لما في القسمة من التبعض وقلة الرغبة ، وقيدته غيره بما إذا كانت القسمة بيعاً ، وبما إذا لم يحصل بها الرغبة في اشتراء ما يتميز ؛ أي : فحينئذ تجوز القسمة ، لكن برضا الدائن كما هو ظاهر .

قوله : (مع وجود الدين) أي : ولو قليلاً كما تقرر .

قوله : (ولو جهله الوارث) أي : لأن ما تعلق بالحقوق لا يختلف بالعلم والجهل .

قوله : (قبل قضائه) أي : الدين كله .

قوله : (بغير إذن الدائن) أي : بخلاف تصرفه بإذنه ، فلو باع لقضاء الدين بإذن الغرماء ؛ أي : كلهم لا بعضهم إلا إن غاب وأذن الحاكم عنه بثمن المثل . . صح وكان الثمن رهناً ؛ رعاية لبراءة ذمة الميت ؛ إذ لا تبرأ إلا بالأداء ، أو التحمل السابق آخر (الجنائز) أو إبراء الدائن ، وعلى ذلك - أعني : تقييد النفوذ بإذن الغريم بما إذا كان لوفاء الدين - يحمل إطلاق من أطلق صحته

(١) المصباح المنير ، مادة : (دانق) .

(٢) مغني المحتاج (١٨٩ / ٢) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٩١٦) ، ومسلم (١٦٠٣) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

إِلَّا إِنْ كَانَ إِعْتَاقًا ، أَوْ إِيْلَادًا ، وَهُوَ مُوسَرٌّ ، نَظِيرَ مَا مَرَّ آنفًا . وَلَوْ لَمْ تَفِ التَّرَكَةُ بِالذَّيْنِ فَوَفَاةُ الْوَارِثِ قَدَرَهَا . . . أَنْفَكْتَ عَنِ الرِّهْنِيَّةِ ، بِخِلَافِ نَظِيرِهِ فِي الرِّهْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى . وَلَوْ أَنْقَطَعَ خَبَرُ الدَّائِنِ . . .

بِإِذْنِهِ ، وَأَفْتَى بَعْضُهُمْ بِأَنَّهُ لَا يَصَحُّ إِجْبَارُ شَيْءٍ مِنَ التَّرَكَةِ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ وَإِنْ أَذِنَ الْغَرَمَاءُ ، وَيُوجِبُهُ بِأَنَّهُ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمَيِّتِ بَقَاءُ رَهْنِ نَفْسِهِ إِلَى انْقِضَاءِ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ ، كَذَا فِي «التَّحْفَةِ»^(١) ، وَنَظَرَ (ع ش) فِيمَا إِذَا كَانَتِ الْأَجْرَةُ مُؤَجَّلَةً وَقَبْضُهَا وَدَفْعُهَا لِرَبِّ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُا تَمْلِكُ بِالْعَقْدِ قَتْبَرًا بِدَفْعِهَا لِلدَّائِنِ ذِمَّةُ الْمَيِّتِ^(٢) .

قوله : (إِنْ كَانَ إِعْتَاقًا أَوْ إِيْلَادًا وَهُوَ مُوسَرٌّ) أَي : فَإِنَّهُمَا يَنْفِذَانِ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُوجُودًا حَالِ الْعَتَقِ . . . فَيُلْزِمُهُ الْأَقْلُ مِنَ الدَّيْنِ وَقِيَمَةُ الرَّقِيقِ ، وَلَا يَنْفِذُ تَصَرُّفَهُ فِي شَيْءٍ غَيْرِ هَٰذَيْنِ .
قوله : (نَظِيرَ مَا مَرَّ آنفًا) أَي : فِي إِعْتَاقِ الرَّاهِنِ وَإِيْلَادِهِ ؛ فَإِنَّ الْوَارِثَ بِمَنْزِلَةِ الرَّاهِنِ ، وَالدَّائِنُ بِمَنْزِلَةِ الْمُرْتَهَنِ ، وَإِنْ كَانَتِ التَّرَكَةُ بِيَدِ الْوَارِثِ . . . فَيُخَالِفُ [الرَّهْنُ] الشَّرْعِيَّ الرَّهْنُ الْجَعْلِيَّ فِي هَٰذَا الْحَكْمِ .

قوله : (وَلَوْ لَمْ تَفِ التَّرَكَةُ بِالذَّيْنِ . . .) إلخ ، هَٰذَا فِي قُوَّةِ الْاسْتِدَارِكِ عَلَى الْمُتَنِّ .
قوله : (فَوَفَاةُ الْوَارِثِ) أَي : وَفَى الدَّيْنُ الْوَارِثُ مِنْ مَالِهِ .
قوله : (قَدَرَهَا) أَي : التَّرَكَةُ .
قوله : (أَنْفَكْتَ عَنِ الرِّهْنِيَّةِ) أَي : فَيُجُوزُ لَهُمُ التَّصَرُّفُ فِيهَا .
قوله : (بِخِلَافِ نَظِيرِهِ فِي الرِّهْنِ) أَي : الْجَعْلِيَّ ، وَلَوْ أَدَّى بَعْضُهُمْ بِقَسْطٍ مَا وَرِثَ . . . أَنْفَكَ نَصِيبَهُ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ رَهْنُ مُورِثِهِمْ فَأَدَّى بَعْضُهُمْ بِالْقَسْطِ . . . فَإِنَّ نَصِيبَهُ لَا يَنْفَكَ ، بَلْ يَحْبِسُ كُلُّ الْمُرْهُونِ إِلَى الْبَرَاءَةِ مِنْ كُلِّ الدَّيْنِ

قوله : (لِأَنَّهُ أَقْوَى) أَي : الرَّهْنُ الْجَعْلِيُّ أَقْوَى مِنَ الشَّرْعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَتَوَسَّعُ فِيهِ مَا لَا يَتَوَسَّعُ فِي الْجَعْلِيِّ لَكُونَ الرَّاهِنُ فِيهِ هُوَ الَّذِي حَجَرَ عَلَى نَفْسِهِ ، وَأَيْضًا : فَإِنَّ الرَّهْنَ فِيهِ تَقَدُّمٌ عَلَى انْتِقَالِ التَّرَكَةِ فَقَوِيٌّ بِتَقَدُّمِهِ ، بِخِلَافِهِ فِي الشَّرْعِيِّ فَإِنَّهُمَا حَصَلَا مَعًا ، وَإِنَّ الْوَرِثَةَ يَخْلُفُونَ الْمُورِثَ فِي الْجَعْلِيِّ ، فَلَا يَنْفَكَ شَيْءٌ مِنَ الْمُرْهُونِ مَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ كَمَا كَانَ ، بِخِلَافِ الشَّرْعِيِّ كَمَا تَقَرَّرَ ، تَأْمَلْ .

قوله : (وَلَوْ أَنْقَطَعَ خَبَرُ الدَّائِنِ) أَي : صَاحِبِ الدَّيْنِ عَلَى الْمَيِّتِ .

(١) تحفة المحتاج (٥/١١٢) .

(٢) حاشية الشيرازي (٤/٣٠٦) .

جَازَ لِلوَارِثِ اَلتَّصَرُّفُ عَلَى مَا بَحْثُهُ اَلْأَسْنَوِيُّ وَغَيْرُهُ ، وَهُوَ مُحْتَمِلٌ إِنْ أَيْسَ مِنْهُ ، وَتَعَذَّرَ اَلرَّفْعُ لِلْقَاضِي .
وَخَرَجَ بِوُجُودِ اَلَّذِينَ : حَدُوْثُهُ بَعْدَ اَلتَّصَرُّفِ بِسَبَبِ تَقَدُّمٍ عَلَى اَلْمَوْتِ ؛ كَتَرْدٍ بِبُئْرِ حَفَرِهَا عُدُوَانًا ، . . .

قوله : (جاز للوارث التصرف) أي : في التركة ؛ لثلا يلزم دوام الحجر لا إلى غاية ، نظير ما مر في اللقطة .

قوله : (على ما بحثه الأسنوي وغيره) أي : حيث قالوا : (إن محل ما مر حيث لم يكن الدائن قد أيس من معرفته ، وإلا . . فلا يتعلق بها ؛ لأنه لا غاية للحجر عليها) ، قال في « التحفة » : (وفيه نظر ، بل هو غفلة عما في « الروضة » : أن ما أيس من معرفة صاحبه يصير من أموال بيت المال ، وحينئذ : ففرن التركة باق . . .) إلخ^(١) .

قوله : (وهو) أي : ما بحث الأسنوي .

قوله : (محتمل) بكسر الميم ؛ أي : قريب .

قوله : (إن أيس منه) أي : من معرفة الدائن ، وظاهر صنيعه : أن هذا القيد غير مذكور في كلام الأسنوي ، وليس كذلك كما تقرر ، فالأولى ذكره قبل قوله : (على ما بحثه) .

قوله : (وتعذر الرفع للقاضي) أي : الأمين فإنه نائب الغائبين ، وأما إذا لم يتعذر الرفع إليه . . فعلى الوارث رفع الأمر إليه أو إلى ولي بيت المال العادل ، وإلا . . فلتثقة عارف أخذه ليصرفه في مصارفه ، أو يتولى الوارث ذلك إن عرفه ، ويغتفر اتحاد القابض والمقبض هنا ؛ للضرورة ، وبما تقرر علم : أنه ليس لوارث ولا وصي إفراز قدر الدين الذي للغائب ثم التصرف في الباقي ؛ لأن القاضي الأمين نائبه ، فلا يستقل غيره بشيء من حقوقه حتى تحقق الضرورة بفقد الأمين وخوف تلف التركة ، أفاده في « التحفة »^(٢) .

قوله : (وخرج بوجود الدين) أي : ظاهراً أو خفياً .

قوله : (حدوثه بعد التصرف بسبب تقدم على الموت) أي : بأن تصرف الوارث ولا دين للميت لا ظاهر ولا خفي فطراً دين تقدم سببه على الموت ، أما لو كان ثم دين خفي ثم ظهر بعد تصرفه . . فهو فاسد كما مرت الإشارة إليه .

قوله : (كتد بئر حفرها عدواناً) أي : كأن حفر في حياته بئراً عدواناً ثم تردى فيها شخص بعد موته ولا عاقلة . « نهاية »^(٣) .

(١) تحفة المحتاج (١١٠ / ٥) .

(٢) تحفة المحتاج (١١٠ / ٥) .

(٣) نهاية المحتاج (٣٠٧ / ٤) .

ورد مبيع بنحو عيب فلا يبطل التصرف ، بل يُسأل الوارث أداء الدين ؛ فإن لم يؤدّه . . . أنفسخ تصرفه .

تَنْبِيْهِ

صحّ أنّه صلى الله تعالى عليه وسلّم قال : « نَفْسُ الْمُؤْمِنِ معلقةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ » ، وأنّه صلى الله تعالى عليه وسلّم :

- قوله : (ورد مبيع بنحو عيب) أي : وأتلف البائع ثمنه .
- قوله : (فلا يبطل التصرف) أي : لأنه وقع سائغاً ظاهراً وباطناً ، خلافاً لاقتصار الشراح على الظاهر إلا أن يكونوا رأوا أن تقدم السبب كتقدم المسبب باطناً ، وهو بعيد ؛ إذ تقدمه بمجرد لا يكفي في رفع العقد . انتهى « تحفة » و « نهاية »^(١) .
- قوله : (بل يسأل الوارث أداء الدين) أي : إن لم يسقط الدين بأداء الأجنبي أو الإبراء .
- قوله : (فإن لم يؤدّه) أي : الوارث الدين ولم يسقط .
- قوله : (أنفسخ تصرفه) أي : ليصل المستحق إلى حقه ، وظاهر : أن محل الفسخ في غير إعتاق الموسر وإيلاده ، أم فيهما . . فلا فسخ كالمرهون ، بل أولى ؛ لطريان التعلق على التصرف .
- هذا ؛ ومقتضى تعبير ، بالانفساخ : أنه لا يحتاج إلى الفاسخ ، لكن عبارة « المنهاج » وغيره : (فسخ)^(٢) ، قال في « النهاية » : (والفاسخ لذلك الحاكم) تدبر^(٣) .
- قوله : (تنبيه : صحّ أنه صلى الله تعالى عليه وسلم قال) أي : فيما رواه أحمد في « مسنده » والترمذي وابن ماجه والحكم من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه مرفوعاً بإسناد صحيح^(٤) .
- قوله : (« نفس المؤمن ») أي : روحه .
- قوله : (« معلقة بدينه ») سيأتي معناه .
- قوله : (« حتى يقضى عنه ») أي : بوفاء أو إبراء أو برضاء الله تعالى خصماءه يوم القيامة .
- حفظني^(٥) .
- قوله : (وأنه صلى الله تعالى عليه وسلم) أي : وصح : أنه صلى الله عليه وسلم فيما رواه

(١) تحفة المحتاج (٥/١١٣-١١٤) ، نهاية المحتاج (٤/٣٠٧) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٢٤٩) .

(٣) نهاية المحتاج (٤/٣٠٧) .

(٤) مسند الإمام أحمد (٢/٥٠٨) ، سنن الترمذي (١٠٧٨) ، سنن ابن ماجه (٢٤١٣) ، المستدرک (٢/٢٧) .

(٥) حاشية الحظي على الجامع الصغير (٣/٣٧٠) .

(تُوْفِي وَدِرْعُهُ مَرْهُونَةٌ عِنْدَ يَهُودِيٍّ عَلَى ثَلَاثِينَ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ لِأَهْلِهِ) فَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى غَيْرِ الْأَنْبِيَاءِ صَلَوَاتُ اللَّهِ وَسَلَامُهُ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ . وَقِيلَ : عَلَى مَنْ لَمْ يَخْلَفْ وَفَاءً ، وَعَلَيْهِ الْمَاورِدِيُّ . وَقِيلَ : عَلَى مَنْ عَصَى بِالْإِسْتِدَانَةِ ،

الشيخان من حديث ابن عباس وعائشة^(١) .

قوله : (توفي ودرعه مرهونة عند يهودي) يقال له : أبو الشحم .

قوله : (على ثلاثين صاعاً من شعير) أي : على ثمنها .

قوله : (لأهله) أي : اشتراها لهم ، فإن قيل : ما حكمة استقراضه صلى الله عليه وسلم من اليهودي دون مياسير أصحابه رضي الله عنهم ؟ فالجواب : أنه يحتمل وجوهاً من الحكمة : منها : تألفه بمعاملته لعله يسلم .

ومنها : بيان جواز معاملة أهل الذمة .

ومنها : بيان حل ما بأيديهم .

ومنها : أنه لعل مياسير أصحابه لم يتيسر الأخذ منهم في تلك الحالة لنحو غيبتهم .

ومنها : أنه خشي ألا يقبلوا منه البذل أو أن يتوقفوا في قبوله مع تعلق غرضه بعدم الأخذ منهم مجاناً . انتهى ابن قاسم^(٢) .

قوله : (فالحديث) أي : الحديث الأول .

قوله : (محمول على غير الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين) أي : تنزيهاً لهم ، وإنما احتاج إلى هذا الحمل ؛ نظراً لظاهر الحديث : أنه صلى الله عليه وسلم لم يفتكه ، وقيل : إنه افتكه قبل وفاته ، ومعنى الحديث : أن الدرع باقية عنده بعد افتكاك الرهن ، تأمل .

قوله : (وقيل : على من لم يخلف وفاء) أي : وقصر ؛ بأن أيسر ولم يوف ، وإلا . فلا تحبس روحه . (م ر) .

قوله : (وعليه الماوردي) أي : وجري على هذا القول الماوردي^(٣) .

قوله : (وقيل : على من عصى بالاستدانة) أي : كأن استدان من غير ضرورة وهو لم يرج الوفاء من جهة ظاهرة ، قال السبكي : (مع أنه صلى الله عليه وسلم خارج من الخبر ؛ لأن دينه ليس لمصلحة نفسه ؛ لأنه غني بالله تعالى ، وإنما أخذ الشعير لأهله وهو متصرف عليهم بالولاية العامة

(١) صحيح البخاري (٢٩١٦) ، صحيح مسلم (١٦٠٣) ، وانظر « البدر المنير » (٦/٢٢٧) .

(٢) حاشية ابن قاسم على الفرر (١٩٨/٥) .

(٣) الحاوي الكبير (٩٣/٧-٩٤) .

ومعنى تعلّقها : حبسها عن مقامها الكريم . (وَمَا حَدَّثَ) بعد الموت (مِنَ التَّرَكَةِ مِنْ زَوَائِدَ مُنْفَصِلَةٍ ؛ كَكَسْبِ الْعَبْدِ وَالْوَلَدِ)

فلا يتعلق به بل بهم ، ولم يثبت أنه كان عليه ديون ، وإن ثبت دين . فهو لمصالح المسلمين ، وإذا استدان الإمام لمصالحهم . . كان عليهم لا عليه .

فإن قيل : هذا فيما استدانه للجهات العامة دون ما استدانه لأهله ؛ فإنه وكيل عنهم والوكيل يتعلق به العهدة . . فالجواب : أنه صلى الله عليه وسلم أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فهو يتصرف عليهم بهذه الولاية التي ليست لغيره من الأئمة) ، قال في « الغرر » : (ولا يخفى ما فيه)^(١) لأنه يقتضي عدم وجوب نفقة أهله عليه ، وليس كذلك ، ودفع بأنه أخذه لما يحتاجون إليه زائداً على ما يلزمهم له شرعاً ، فليتأمل .

قوله : (ومعنى تعلّقها) أي : نفس المؤمن في الحديث المذكور .

قوله : (حبسها عن مقامها الكريم) أي : ولو في البرزخ فهي محبوسة في القبر غير منبسطة مع الأرواح في عالم البرزخ : الذي هو المدة التي بين الموت والبعث ، وفي الآخرة معوقة عن دخول الجنة حتى يقضى عنه .

قوله : (وما حدث) مبتدأ ، خبره قوله : (فهو للوارث) .

قوله : (بعد الموت) كذا عبروا به ، وظاهره : أن ما حدث مع الموت تركة ، ويظهر : أن المراد به آخر الزهوق ؛ لأن الأصل بقاء ملك الميت حتى يتحقق الناقل ، ولا يتحقق إلا بتمام خروج الروح ، ولا أثر لشخوص البصر ؛ لما مر : أنه بعد خروجها ، وأنه من آثار بقايا حرارتها الغريزية ، ولذا : تجد المذبوح يتحرك حركة شديدة . انتهى « تحفة »^(٢) .

قوله : (من التركة) تتعلق بـ (حدث) ، و (من) للابتداء .

قوله : (من زوائد منفصلة) بيان لـ (ما حدث) فليس في كلامه تعلق حرفي جر بلفظ واحد ومعنى واحد .

قوله : (ككسب العبد والولد) أي : بأن كان الموجب للأجرة كالصنعة من عبيد التركة مثلاً ، أو كان العلوق بالحمل من أمة أو بهيمة من التركة واقعاً بعد الموت ، ويلحق بذلك ما لو مات عن زرع طول السنبلة منه ذراع فطالت بعد الموت ذراعاً آخر . . فهذا الذراع للوارث ؛ لأنه زيادة

(١) الغرر البهية (١٩٩/٥)

(٢) تحفة المحتاج (١١٧/٥) .

فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ (لأنَّ التَّرَكَّةَ عَلَىٰ مَلِكِهِمْ وَإِنْ تَعَلَّقَ بِهَا الدِّينُ بَعْدَ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الْإِرْثَ . وَمِنْ ثَمَّ كَانَ لِلْوَارِثِ أَخْذُهَا بِقِيَمَتِهَا ، وَقَضَاءُ قَدْرِهَا مِنْ مَالِهِ ،)

متميزة فكانت كالمنفصلة . « تحفة » (١) .

قوله : (فهو للورثة) أي : ملك لهم .

قوله : (لأن التركة على ملكهم) أي : الورثة فالزيادة من نماء ملكهم .

قوله : (وإن تعلق بها الدين بعد الموت) أي : موت المورث ، ومقتضى كون التركة ملكهم : إجبارهم على وضع يدهم وإن لم تف بالدين ليوفوا ما ثبت منه ؛ لأنهم خلneau مورثهم ، ولأن الراهن يجبر على الوفاء من رهن لا يملك غيره ، فإن امتنعوا . . ناب عنهم الحكم ، وكلامهم في وارث عامل المساقاة ظاهر في ذلك ، أفاده في « التحفة » (٢) .

قوله : (لأنه) أي : تعلق الدين بالتركة .

قوله : (لا يمنع الإرث) أي : فقد انتقل الملك من المورث إلى الورث من الموت ؛ لأنه لو كان باقياً على ملك الميت . . لوجب أن يرثه من أسلم أو عتق من أقاربه قبل قضاء الدين ، وألا يرثه من مات قبل القضاء من الورثة ، ولأن تعلقه لا يزيد على تعلق حق المرتهن بالمرهون أو المجني عليه بالجاني أو الغرماء بمال المفلس وذلك لا يمنع الملك ، فكذا هنا ، قال في « التحفة » : (وقوله تعالى ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّيْهِ يَوْصِي بِهَا أَوْ دِينٍ ﴾ غاية للمقادير لا للمقدر ؛ أي : لا تعتقدوا أن الثمن من أصل المال ، وإنما هو بعد الفاضل عن دينك) (٣) .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل أن تعلق الدين لا يمنع الإرث .

قوله : (كان للوارث) أي : يجوز له .

قوله : (أخذها بقيمتها) أي : التركة .

قوله : (وقضاء قدرها من ماله) أي : الوارث ؛ لأنه خليفة المورث وهو ما كان له ذلك ، ومقتضى كلامه كغيره بل صريحه : أن للوارث الحائز الاستقلال بقضاء الدين وقبض دين الميت ووديعته من غير إذن القاضي ؛ لأنه لا ولاية له عليها حينئذ ، ولا ينافيه قولهم : إذا لم يوص بقضائه . . فهو للقاضي ؛ لأنه - كما قاله في « التحفة » - مفروض فيما إذا كان في الورثة محجور عليه أو غائب (٤) .

(١) تحفة المحتاج (١١٧/٥ - ١١٨) .

(٢) تحفة المحتاج (١١٧/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (١١٧/٥) .

(٤) تحفة المحتاج (١١٦/٥) .

التركة لكونها مرهونة فيه لا يمنع الإعطاء من غيرها المساوي لها ؛ لأن تعلق حقه إنما هو بالذمة حقيقة وبالتركة توثقاً ، وإذا كان بالذمة . . تخير الوارث في قضائه من أي محل شاء حيث لا ضرر على الدائن بوجه ، وإذا وجبت إجابة الراهن في الرهن الجعلي في نظير ذلك بشروطه مع كونه أقوى بالنظر لما نحن فيه . . فأولئ هـذا بوجوب إجابة الوارث ، فليتأمل^(١) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(باب الحجر)

بفتح الحاء وهو لغة : المنع ، وشرعاً : المنع من التصرفات المالية ،

[باب الحجر]

قوله : (باب الحجر) الأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ وَأَبْلَوْا الْمَيْمَنَ حَقَّ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ ، وقوله : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا ﴾ ، وقوله : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ الآيات ، نبه على الحجر بالابتلاء ، وكنى عن البلوغ ببلوغ النكاح ، والضعيف : الصبي ، والذي لا يستطيع أن يمل : المغلوب على عقله ، والسفيه : المبذر ، وإضافة المال الذي له - بدليل : ﴿ وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَكُفُّوهُمْ ﴾ - لوليه ؛ لتصرفه فيه ، وصح مرفوعاً : « خذوا على أيدي سفهائكم » . « نهاية »^(١) .

قوله : (بفتح الحاء) أي : وكسرها مع سكون الجيم فيهما .

قوله : (وهو لغة : المنع) أي : مطلقاً ، ومنه : تسمية العقل حجراً ؛ لمنعه صاحبه من ارتكاب ما لا يليق ، ويطلق مكسور الحاء على معان أخر نظمها بعضهم بقوله : [من البسيط]
ركبت حجراً وطف البيت خلف الحجر وحزت حجراً عظيماً ما دخلت الحجر
لله حجرٌ منعني من دخول الحجر ما قلت حجراً ولو أعطيت ملء الحجر
فقوله : (ركبت حجراً) أي : فرساً ، وقوله : (خلف الحجر) أي : حجر إسماعيل ، (حزت حجراً) أي : عنلاً ، (ما دخلت الحجر) أي : حجر ثمود ، (لله حجر) أي : منع ، (منعني من دخول الحجر) أي : حجر ثمود ، وهذا مكرر ، (ما قلت حجراً) أي : كذباً ، (ولو أعطيت ملء الحجر) أي : حجر الثوب ، تأمل .

قوله : (وشرعاً : السنع من التصرفات المالية) كذا في غالب الشروح ما عدا « التحفة » ، وعرف فيها بأنه منع من تصرف خاص بسبب خاص^(٢) ، وهذا كما قاله (ع ش) أولى ؛ لأن اللام في (التصرفات المالية) ظاهر في الاستغراق ، وهو لا يتحقق إلا في المجنون ، لا في الصبي والسفيه ؛ فإن كلا منهما يصح منه بعض التصرفات المالية ؛ أما السفيه . . فيصح منه التدبير ونحوه مما يتعلق بالموت ، وأما الصبي . . فيعتد منه بالإذن في دخول الدار ونحوه فتصحيحه يحتاج إلى

(١) نهاية المحتاج (٣٥٣/٤) ، والحديث أخرجه الطبراني في « مكارم الأخلاق » (٨١) ، والبيهقي في « شعب الإيمان » (٧١٧٠) عن سيدنا النعمان بن بشير رضي الله عنهما .

(٢) تحفة المحتاج (١٥٩/٥) .

وشرع إِمَّا لمصلحة النفس والغير كالمكاتب ، أو الغير فقط - كالمفلس للغرماء ، والراهن للمرتهن في المرهون ، ونحو المريض للورثة في ثلثي ماله ، والعبد لسيدِهِ ،

الاستثناء من الحد^(١) ، وأيضاً : فإنه لا يحتاج إلى الاعتذار عن أنه منع من غير التصرفات المالية أيضاً ؛ كعدم صحة قول الصبي غير ما مر ، والمجنون مطلقاً ؛ بأن ذلك نسلب عبارتهما وهو معنى زائد على الحجر ، تأمل .

قوله : (وشرع) أي : الحجر .

قوله : (إما لمصلحة النفس والغير) أي : نفس المحجور عليه وغيره معاً .

قوله : (كالمكاتب) أي : فإنه محجور عليه لحق نفسه ؛ وهو فك الرقبة ، وحق سيده ؛ وهو أداء النجوم .

قوله : (أو الغير فقط) أي : أو لمصلحة الغير فقط ، قال في « الإيعاب » : (أي : قصداً كما هو واضح ، فلا ينافي أن فيه مصلحة ما للمحجور أيضاً ؛ كسلامة ذمته من حقوق الغير ؛ إذ لو لم يحجر . لضيعه في غير براءتها) .

قوله : (كالمفلس للغرماء) أي : الحجر عليه في ماله لحق الغرماء ، وهكذا يقدر في جميع ما يأتي ، وأشار بالكاف إلى أن هذا النوع - أعني : الحجر للغير - لا ينحصر فيما ذكره ؛ فقد ذكر الأسنوي ثلاثين نوعاً غير ما ذكره الشارح^(٢) ، وبعضهم أنهاها إلى سبعين نوعاً ، بل قال الأذري : (هذا باب واسع جداً لا تنحصر أفراد مسائله) .

قوله : (والراهن للمرتهن في المرهون) أي : كما مر بيانه في بابه .

قوله : (ونحو المريض) أي : من كل من وصل إلى حالة يعتبر فيها النبرع من الثلث ؛ كالتقديم للقتل .

قوله : (للورثة في ثلثي ماله) أي : المريض ، قال في « التحفة » : (أو لوارث وللغرماء مطلقاً ، ولا ينافيه نفوذ إيفائه دين بعضهم في المرض وإن لم يف الباقي بدين الباقي ، بل وإن لم يفضل شيء ؛ لأنه مجرد تخصيص لا تبرع فيه) تأمل^(٣) .

قوله : (والعبد) أي : القن .

قوله : (لسيدِهِ) أي : لحق سيده كما مر في تصرف العبد .

(١) حاشية الشبرايملي (٣٥٣/٤) .

(٢) المهمات (٤٢٦/٥ ، ٤٣٢) .

(٣) تحفة المحتاج (١٥٩/٥) .

وَالْمُرْتَدُّ لِلْمُسْلِمِينَ - أَوْ النَّسِ فَقَطْ ؛ وَهُوَ : حَجَرُ الْجُنُونِ وَالصَّبَا وَالسَّفَه ، وَكُلُّ أَعْمٍ مِمَّا قَبْلَهُ ، وَهُوَ الْمَعْقُودُ لَهُ أَلْبَابُ . (الصَّبِيُّ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ) مِنْ حِينَ وَلادَتِهِ ، فَتَسَلَّبُ بِهِ أَلْوَلَايَاتُ ،

قوله : (والمرند للمسلمين) أي : لحق المسلمين كما ذكروه في (باب الردة) .

قوله : (أو النفس فقط) أي : أو لمصلحة نفس المحجور عليه فقط ، فأنواع الحجر ثلاثة ، وكلها حقيقة شرعية كما اعتمده في « التحفة »^(١) .

قوله : (وهو) أي : الحجر لمصلحة النفس .

قوله : (حجر الجنون والصبا والسفه) أي : القائم كل منها بالذكر والأنثى ؛ يعني : الحجر بسببها ؛ فالجنون : مرض يزيل العقل ، والصبا بكسر الصاد : الصغر ، والسفه بفتح الحاء : ضد الرشd ، وسيأتي تفسيره .

قوله : (وكل) أي : من هذه الثلاثة .

قوله : (أعم مما قبله) كذا في هذا الكتاب ، وكأنه تحريف من النسخ ؛ إذ الصواب أن يقول : (أخص مما قبله) ، أو : (أعم مما بعده) فإن المجنون لا يعتد بشيء من تصرفاته أصلاً ، والصبي يعتد ببعض تصرفاته ؛ كالإذن في دخول الدار وإيصال الهدية ، والسفيه يعتد بقبوله النكاح بإذن من وليه ، ولا يزوجه وليه إلا بإذنه ، ويصح^(٢) تدييره لأرقائه ، ثم رأيت عبارة « الفتح » : (أعم مما يليه)^(٣) ، وهو موافق لما ذكرته ، تأمل .

قوله : (وهو) أي : الحجر لمصلحة النفس .

قوله : (المعقود له الباب) أي : لكنه غير مرتب كما ترى ، وأما غيره .. فمبوب في المبسوطات تقدم بعضه هنا .

قوله : (الصبي) أي : والصبية ، ولو عبر بالطفل .. لكان أولى ، على أنه قيل : إن لفظ (الصبي) يشمل الذكر والأنثى ، فهو من دقائق اللغة .

قوله : (محجور عليه من حين ولادته) أي : إلى البلوغ كما سيأتي وإن ميّز قبله .

قوله : (فتسلب به الولايات) أي : الثابتة بالشرع ؛ كولاية النكاح ، أو بالتفويض ؛ كالإيصاء ، والقضاء ؛ لأنه إذا لم يل أمر نفسه .. فأمر غيره أولى ، فإن قيل : لم عبر بالسلب دون المنع .. هل لذلك من فائدة ؟ فالجواب : نعم له فائدة ؛ وذلك لأن الامتناع لا يفيد السلب ،

(١) تحفة المحتاج (٥/١٦٠) .

(٢) في الأصل : (ولا يصح) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) فتح الجواد (١/٤٧٦) .

واعتبارُ الأقوالِ والأفعالِ إلّا نحوَ عبادةِ المُميّزِ ، وقولُهُ : هذهِ هديةٌ لك مِنْ فلانٍ ، أو فلانٌ أذنَ لك في دخولِ دارِهِ ، أو دعاكَ إلى وليمةٍ

بخلاف عكسه ؛ بدليل : أن الإحرام مانع من ولاية النكاح ولا يسلب ، ولهذا يزوج الحاكم دون الأبعد .

قوله : (واعتبارُ الأقوالِ) أي : له وعليه في الدين والدنيا ؛ كالإسلام والمعاملات فلا يصح إسلامه وإن ميز ، قال في « حاشية الفتح » : (واختار جماعة منا صحة إسلام المميز ، وقضى به الإمام ابن جماعة قاضي مصر وغيره ؛ لقصة علي كرم الله وجهه : أنه صح إسلامه على ما هو المشهور ، ورُدُّ بأن الأحكام كانت إذ ذاك منوطة بالتمييز كما بينه البيهقي ، بل قال أحمد رضي الله تعالى عنه : إنه كان بلغ قبل إسلامه)^(١) .

قوله : (والأفعالِ) كذلك .

قوله : (إلّا نحو عبادة المميز) أي : غير الإسلام على ما مر آنفاً ، قال في « التحفة » و« النهاية » : (ويثاب عليها كالبالغ)^(٢) ، قال (ع ش) : (التشبيه في أصل الثواب لا في مقداره ؛ وإلا . . فالصبي يثاب على فعله من الفرائض أقل من ثواب نافلة البالغ ، ولعل وجهه : عدم خطابه به ، وكان القياس : أن لا ثواب أصلاً ؛ لعدم خطابه به بالعبادة ، لكنه أثيب ترغيباً له في الطاعة فلا يتركها بعد بلوغه إن شاء الله تعالى)^(٣) .

قوله : (وقوله) أي : المميز ، قال بعضهم : (هذا مستثنى من الولاية) .

قوله : (هذه هدية لك من فلان) أي : فيجوز للمهدي إليه أخذها منه حيث كان مأموناً كما قيده في « شرح المنهج » بحيث لم يجرب عليه كذب^(٤) ، وكذا في الدخول كما بحثه (سم)^(٥) .

قوله : (أو فلان أذن لك في دخول داره) أي : فيجوز للمأذون دخولها ، وظاهره : وإن لم يكن المالك فيها .

قوله : (أو دعاكَ إلى وليمة) أي : أو فلان دعاكَ إلى وليمة ، وظاهر قبوله هنا : وجوب الحضور إلى وليمة العرس بذلك ، فليراجع .

(١) حاشية فتح الجواد (١ / ٤٨٠) .

(٢) تحفة المحتاج (١٦٢ / ٥) ، نهاية المحتاج (٣٥٥ / ٤) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٣٥٥ / ٤) .

(٤) فتح الوهاب (٢٠٥ / ١) .

(٥) حاشية ابن قاسم على الغرر (٤١٣ / ١) .

ودفعه الزكاة لمن عيّن له ، وتملكه المباحات . ويستمر ذلك (إلى البلوغ رشيداً) فيرتفع به من غير فك قاض حجر الصبا ، ويخلفه حجر السفه ، ويستمر إلى أن يصير رشيداً . (والمجنون محجور عليه)

قوله : (ودفعه الزكاة لمن عين له) أي : كأن وكله شخص دفعها لمعين من الفقراء مثلاً . فإنه جائز ، بخلاف ما إذا لم يعين له المدفوع إليه ؛ كتفويض النية إليه كما مر في بابها .

قوله : (وتملكه المباحات) أي : كاحتطاب واصطياد .

قوله : (ويستمر ذلك) أي : حجر الصبي .

قوله : (إلى البلوغ رشيداً) أي : لقوله تعالى : ﴿ وَأَبْلَوْاُ الْيَتَامَى ﴾ الآية ، والابتلاء : الاختبار والامتحان ، والرشد : ضد الغي ، وفي خبر أبي داود : « لا يتم بعد احتلام »^(١) ، والمراد من إيناس الرشد في الآية : العلم به ، وأصله : الإبصار ، ﴿ وَأَنَسَ مِنْ جَانِبِ الظُّورِ نَارًا ﴾ : أبصر . قوله : (فيرتفع به) أي : بالبلوغ من غير تقييد بالرشد .

قوله : (من غير فك قاض) أي : وإن كان وليه الحاكم ، قاله في « حاشية الروض »^(٢) .

قوله : (حجر الصبا) أي : لأنه حجر ثبت بلا قاض فلا يتوقف زواله على فك قاض كحجر الجنون ، قاله في « شرح المنهج »^(٣) .

قوله : (ويخلفه حجر السفه) أي : إن لم يوجد الرشد . . فحكم تصرفه تصرف السفه لا الصبي . « فتح الجواد »^(٤) .

قوله : (ويستمر إلى أن يصير رشيداً) أي : وبالرشد انفك الحجر بالكلية ، وبهذا الذي قرره الشارح علم : أن الأولى للمصنف ترك التقييد بالرشد ؛ كما صنع به في « الإرشاد » و « البهجة » و « المنهج »^(٥) لأن الصبا سبب مستقل بالحجر ، وكذا التبذير ، وأحكامهما متغايرة ، ومن بلغ مبذراً . . فحكم تصرفه حكم تصرف السفه ؛ فيصح منه بالإذن في بعض الصور كالنكاح ، لا حكم تصرف الصبي فلا يصح منه ، وإن أذن به .

نعم ؛ مراد المصنف بالتقييد : الانفكاك الكلي ؛ أي : زوال الحجر زوالاً كلياً كما تقرر ، تأمل .

قوله : (والمجنون محجور عليه) مبتدأ وخبر .

(١) سنن أبي داود (٢٨٧٣) عن سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٢٠٦/٢) .

(٣) فتح الوهاب (٢٠٥/١) .

(٤) فتح الجواد (٤٧٦/١) .

(٥) الإرشاد (ص ٩٠) ، بهجة الحاوي (ص ٩٨) ، وانظر « فتح الوهاب » (٢٠٥/١) .

فتسلَّب به الأقوال كلها وأكثر الأفعال ، بخلاف ما ملَّكهُ بنحو احتطاب ، وإتلافه فينفذُ إيلاده ،
وتثبت الحرمة بإرضاعه ، ويستمرُّ ذلك (إلى الإفاقة) فيرتفعُ بمجردَها

قوله : (فتسلَّب به الأقوال كلها) أي : حتى المستثنيات المذكورة في الصبي ، ومن باب أولى
الولايات .

نعم ؛ المجنون الذي له نوع تمييز كالصبي المميز فيما مر ، قال في « الفتح » : (على المعتمد
لا كالمجنون ؛ نظراً لذلك النوع ، ولا كالمكلف ؛ نظراً لضعفه عن التأهل لفهمه الشيء على حقيقته
الذي هو مناط التكليف ، فاندفع ما للسبكي والأذري هنا)^(١) أي : حيث اعترض ما ذكر بأنه إن
زال عقله . . فمجنون ، وإلا . . فمكلف وتصرفه صحيح ، فإن بذَّر . . فكسفيه ، وبيان اندفاعه : أن
شرط التكليف كمال التمييز ، أما أدناه . . فلا يلحقه بالمكلف ولا بالمجنون ؛ لأنه مخالف لهما
فتعين إلحاقه بالصبي المميز ، تأمل .

قوله : (وأكثر الأفعال) أي : فإن من أفعاله ما هو معتبر ، ومنها ما هو غير معتبر ؛ كالصدقة .

قوله : (بخلاف ما ملَّكهُ بنحو احتطاب) أي : واصطياذ والتقاط .

قوله : (وإتلافه) أي : وبخلاف إتلاف المجنون ، وعمده عمد إن كان له نوع تمييز .

نعم ؛ لو أحرم شخص ثم جن فقتل صيداً . . لم يلزمه جزاؤه كما مر في بابه .

قوله : (فينفذُ إيلاده وتثبت الحرمة بإرضاعه) أي : ويتقرر المهر بوطئه ، ومثل المجنون في
ذلك الأخرس الذي لا يفهم أصلاً ، فوليه ولي المجنون حيث بلغ أحرس كذلك ؛ إذ لا يرتفع حجره
إلا ببلوغه رشيداً ، والقول بأن وليه الحاكم . . محمول على من طرأ له ذلك بعد البلوغ ، والحق
القاضي بالمجنون أيضاً النائم ؛ أي : من حيث إلغاء أقواله وكثير من أفعاله فحسب ، ومثله المغمى
عليه ؛ لأنه لا يزيل الولاية كما صرحوا به في (النكاح) ، قال في « التحفة » : (للقاضي حفظه -
أي : مال المغمى عليه - كمال الغائب)^(٢) .

قوله : (ويستمر ذلك) أي : حجر الجنون .

قوله : (إلى الإفاقة) هي أن يصفو من جميع آثار ما كان به ؛ كحدة وخيل وإن قل ؛ كما يفيد
كلامهم في (النكاح) . « حاشية الفتح » و (ع ش)^(٣) .

قوله : (فيرتفع بمجردَها) أي : الإفاقة .

(١) فتح الجواد (٤٧٦/١) .

(٢) تحفة المحتاج (١٦٢/٥) .

(٣) حاشية فتح الجواد (٤٧٦/١) ، حاشية الشبراملسي (٣٥٦/٤) .

مِنْ غَيْرِ فَكَ قَاضٍ أَيْضاً ؛ إِذْ لَا يَحْتَاجُ لِنَظَرٍ وَاجْتِهَادٍ . (وَالْبُلُوغُ) لِلذَّكْرِ وَالْأُنْثَى (بِكَمَالِ خَمْسَ عَشْرَةِ سَنَةٍ) قَمِيَّةٌ تَحْدِيدِيَّةٌ ؛ لِأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : (رَأَى ابْنَ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا بَلَغَ لَمَّا اسْتَكْمَلَهَا)

قوله : (من غير فك قاض) أي : ولا اقتران بشيء آخر ؛ كإيناس رشد . « نهاية »^(١) .

قوله : (أيضاً) أي : كما يرتفع حجر الصبا من غير فك قاض .

قوله : (إذ لا يحتاج لنظر واجتهاد) أي : ولأنه حجر ثبت بغير قاض فلا يتوقف على فكه ، وقضية كلامه كغيره : عود الولايات واعتبار الأقوال ، وهو كذلك .

نعم ؛ الولاية الجعلية كالقضاء والإمامة والخطابة ونحوها لا تعود إلا بتولية جديدة ، وبحث ابن قاسم أن ناظر الوقف بشرط الواقف لا يحتاج إليها^(٢) ، وبه جزم (ع ش)^(٣) .

قوله : (والبلوغ للذكر والأنثى) أي : والخثنى .

قوله : (بكمال خمس عشرة سنة) بأن طعن في السادسة عشر ، وهذا يسمى بلوغاً بالسن .

قوله : (قمرية تحديدية) صرح بالأول الرافعي^(٤) ، والثاني النووي في « الأصول والضوابط » ، حتى لو نقصت يوماً . لم يحكم ببلوغه ، قال في « التحفة » : (وشذ من قال بخلاف ذلك)^(٥) أي : من أنه بأولها أو نصفها .

قوله : (لأنه صلى الله تعالى عليه وسلم) دليل للمتن .

قوله : (رأى ابن عمر رضي الله تعالى عنهما بلغ لما استكملها) أي : خمس عشرة سنة ؛ وذلك أنه قال : (عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني ورآني بلغت) رواه ابن حبان في « صحيحه »^(٦) ، وأصله في « البخاري » و« مسلم »^(٧) ، قال في « التحفة » : (قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : ردَّ النبي صلى الله عليه وسلم سبعة عشر صحابياً وهم أبناء أربع عشرة ؛ لأنه لم يرههم بلغوا ، وعرضوا عليه وهم أبناء خمس عشرة سنة فأجازهم ، منهم : زيد بن

(١) نهاية المحتاج (٣٥٦/٤) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٦٢/٥) .

(٣) حاشية الشبرايملي (٣٥٧-٣٠٦/٤) .

(٤) المحرر (ص ١٧٩) .

(٥) تحفة المحتاج (١٦٣/٥) .

(٦) صحيح ابن حبان (٤٧٢٨) .

(٧) صحيح البخاري (٢٦٦٤) ، صحيح مسلم (١٨٦٨) .

وَأَبْتَدَاؤُهَا مِنْ أَنْفَصَالِ جَمِيعِ الْوَلَدِ . (أَوْ خُرُوجِ الْمَنِيِّ) نَوْمًا أَوْ يَقِظَةً ، بِجَمَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ (بَعْدَ تَمَامِ تِسْعِ سِنِينَ) قَمَرِيَّةٌ ،

ثابت ورافع بن خديج وابن عمر رضي الله تعالى عنهم ^(١) .

قوله : (وأبتداؤها) أي : خمس عشرة .

قوله : (من انفصال جميع الولد) أي : بشهادة عدلين خبيرين ، ناله في « التحفة » و« فتح المعين » ^(٢) .

قوله : (أو خروج المني) عطف على (كمال خمس عشرة) ، وهذا يسمى بلوغاً بالاحتلام ، قال في « التحفة » : (وخرج به - خروجه) : ما لو أحس بانتقاله من صلبه فأمسك ذكره فرجع . . فلا يحكم ببلوغه كما لا غسل ، ويبحث الزركشي ومن تبعه - أي : كالرملی - الحكم ببلوغه . . بعيد ، والفرق بأن مدار البلوغ [على العلم] بإنزال المني ، والغسل على حصوله في الظاهر بالتحكم أشبه ، على أنه لا يتصور العلم بأنه مني قبل خروجه ؛ إذ كثيراً ما يقع الاشتباه فيما يحس بنزوله ثم رجوعه (انتهى ^(٣)) .

قوله : (نوماً أو يقظة بجماع أو غيره) أي : من ذكر أو أنثى ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْإِنْفَصَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَذِنُوا ﴾ ، وخبر : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم » ^(٤) ، والحلم : الاحتلام ، وهو لغة : ما يراه النائم ، والمراد به هنا : خروج المني في نوم أو يقظة بجماع أو غيره ، فتعبيره بالخروج أعم من تعبير غيره بالاحتلام إلا أنه تبع فيه لفظ الحديث .

قال في « التحفة » : (ويشترط تحققه ، فلو أتت زوجة صبي بلغ تسع سنين بولد للإمكان . . لحقه ؛ لأن النسب يكتفى فيه بمجرد الإمكان ، ولم يحكم ببلوغه ؛ لأنه لا بد من تحقق خروج المني) انتهى ^(٥) ، ومثله في « النهاية » ^(٦) .

قوله : (بعد تمام تسع سنين قمرية) هذا وقت إمكانه بالاستقراء ، وأبتداؤها من خروج الولد وسواء الذكر والأنثى على المذهب ، وقيل : في الذكر نصف العاشرة ، وقيل : تمامها ، وقيل : في الأنثى بأول التاسعة ، وقيل : نصفها . « حاشية الروض » ^(٧) .

(١) تحفة المحتاج (١٦٣/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (١٦٣/٥) ، فتح المعين (ص ٣٥١) .

(٣) تحفة المحتاج (١٦٤/٥) .

(٤) أخرجه ابن حبان (١٤٣) عن سيدنا علي رضي الله عنه .

(٥) تحفة المحتاج (١٦٤/٥) .

(٦) نهاية المحتاج (٣٥٨/٤) .

(٧) حواشي الرملی على شرح الروض (٢٠٦/٢) .

وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا تَقْرِيبٌ كَمَا فِي الْحَيْضِ ، فَلَوْ خَرَجَ قَبْلَ تَمَامِ التَّسْعِ بَدُونِ سِتَّةِ عَشَرَ يَوْمًا . . . كَانَ مَنِئًى ،
وَالْأَوَّلُ . . . فَلَا . (أَوْ نَبَاتِ شَعْرِ الْعَانَةِ)

قوله : (والظاهر : أنها) أي : التسع .

قوله : (تقريب كما في الحيض) وفاقاً لشيخه^(١) ، وخلافاً للخطيب والرملي فقالا : (إنها
تحديدية ؛ لأن الحيض ضبط له أقل وأكثر ، فالزمن الذي لا يسع أقل الحيض والطهر وجوده
كالعدم ، بخلاف المني)^(٢) أي : فلا يصح قياسه على الحيض ؛ لأنه قياس مع الفارق ، قال في
« حاشية الفتح » : (وقد يقال : للقياس طريق آخر ؛ هي أن يقال : الحيض أمر يتعلق بالطبع
والجبلية ، وقد رأينا فيه الخارج قبيل تمام التاسعة بالحد^(٣) الذي ذكره ثم له صفات الخارج بعد
تمام التاسعة فالحقناه به ؛ جوامع تعلق كل بالطبع ، وأن كلاً فيه دلالة على البلوغ) تأمل^(٤) .

قوله : (فلو خرج) أي : المني ؛ تفريع على كونها تقريبية .

قوله : (قبل تمام التسع) أي : تسع سنين قمرية .

قوله : (بدون ستة عشر يوماً) أي : كخمسة عشر فأقل .

قوله : (كان منياً) أي : فيحكم بعد خروجه بالبلوغ .

قوله : (وإلا . . . فلا) أي : بأن كان خروجه قبل ذلك بستة عشر يوماً فأكثر . . . فلا يكون منياً كما
لا يكون الدم الخارج حيتاً حيضاً ؛ لأنه لما أناط الشارع الأحكام بالسنين والأشهر القمرية دون
الشمسية . . . علم : أن لِمَا قارب الشيء أخذ حكمه ، وقد استقر أن للحيض أو الطهر أقل وأكثر
شريعاً ، فلا جرم أنا ضبطنا ذلك التقريب بما لا يستوفيها فحكمنا فيه بالتقريب ، ولما لم يتصور
للإمضاء ضبط التقريب ورأينا أقرب شيء مماثل له الحيض . . . أجرينا فيه نظير ما هو معلوم في
(الحيض) ، فتأمل أنه دقيق .

قوله : (أو نبات شعر لعانة) أي : الخشن ؛ بحيث يحتاج إزالته للحلق ، وخرج بـ (العانة) :

نحو اللحية والشارب فليس دليلاً للبلوغ ؛ لندرته دون خمس عشرة سنة ، واستشكل بأنهم جعلوه
انتهاء لوقت المرودة في انظر ، وحدوده بعشرين سنة ، فكيف لا يكون دليلاً على البلوغ بالسن

(١) أسنى المطالب (٢٠٦/٢) .

(٢) مغني المحتاج (٢١٧/٢) ، نهاية المحتاج (٣٥٨/٤) .

(٣) في الأصل : (فالحد) ، ونعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٤) حاشية فتح الجواد (٤٠٦/١) .

فِي وَلَدِ الْكَافِرِ) لَأَنَّهُمْ بِأَمْرِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي سَبِيِّ بَنِي قَرِظَةَ قَتَلُوا مَنْ أَتَتْ وَتَرَكُوا مَنْ لَمْ يُنَبِّتْ ، وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ التَّسْعُ الْمَذْكُورَةُ ، وَجَعَلَ الْمُصَنِّفُ لَهُ

الذي هو أنقص بكثير ؟ وأجيب بأن ذاك له ملحظ غير هذا ؛ فإن ملحظ منع نظر الأمر خشية الفتنة وهي موجودة إلى العشرين فحدوده بها لذلك وجدت اللحية أم لا ، وأن العشرين أوانها غالباً .
قوله : (في ولد الكافر) أي : ومن جهل إسلامه كما قاله الغزالي ، لا في ولد المسلم وإن جهل من يعرف سنه ؛ لسهولة مراجعة أقاربه المسلمين غالباً ، ولأنه متهم بالإثبات ؛ فربما تعجله بدواء دفعاً للحجر وتشوفاً للولايات ، بخلاف الكافر فإنه يفضي به إلى القتل أو ضرب الجزية غالباً .

قوله : (لأنهم) أي : الصحابة رضي الله عنهم
قوله : (بأمره صلى الله تعالى عليه وسلم في سبي بني قريظة) هم قوم من اليهود بالمدينة كانوا أكثر من أربع مئة من حلفاء الأوس ، ولذا نزلوا على حكم سعد بن معاذ سيد الأوس ، فحكم فيهم بأن يقتل رجالهم وتقسم أموالهم وتسبى ذراريهم ، فقال صلى الله عليه وسلم : « لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبع سموات ؛ قد طرقتني بذلك الملك سحراً »^(١) .
قوله : (قتلوا من أنبت) أي : عانته ، وكان المتولي لقتلهم علي بن أبي طالب والزبير بن العوام رضي الله تعالى عنهما .

قوله : (وتركوا من لم ينبت) أي : فجعلوا في السبي ؛ فقد روى ابن حبان والحاكم والترمذي وقال : حسن صحيح عن عطية القرظي رضي الله تعالى عنه قال : (كنت في سبي بني قريظة ، فكانوا ينظرون من أنبت الشعر . . قتل ، ومن لم ينبت . . لم يقتل ، فكشفوا عانتي فوجدوها لم تنبت فجعلوني في السبي)^(٢) .

قوله : (ووقت إمكانه) أي : نبات شعر العانة .

قوله : (التسع المذكورة) أي : فلو أنبت قبلها . . لم يحكم ببلوغه ، ويجوز النظر إلى عانة من احتجنا لمعرفة بلوغه ؛ للخبر المذكور ، بخلاف المس ؛ لأن معرفة كونه يحتاج إلى حلق تكفي فيه الرؤية .

قوله : (وجعل المصنف له) أي : لنبات العانة .

(١) أخرجه البخاري (٣٨٠٤) ، ومسلم (١٧٦٨) عن سيدنا أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٢) صحيح ابن حبان (٤٧٨١) ، المستدرک (٣٩٠ / ٤) ، سنن الترمذي (١٥٨٤) .

بلوغاً حقيقياً فيه تجوُّزٌ ، وإنما هو دليل على البلوغ بالاحتلام أو السنِّ . (أو الحيض في المرأة)
لوقت إمكانه السابق (أو الحمل) فيها ، وعبر غيره بالولادة ،

قوله : (بلوغاً حقيقياً) أي : حيث عطف ذلك على (كمال خمس عشرة) الذي هو البلوغ الحقيقي .

قوله : (فيه تجوُّز) أي : من إطلاق الدال على المدلول .

قوله : (وإنما هو) أي : نبات العانة .

قوله : (دليل على البلوغ بالاحتلام أو السن) أي : على الإبهام ، وهذا ما بحثه الأسنوي واعتمده ، وحكى ابن الرعة في ذلك وجهين :

أحدهما : أنه دليل للبلوغ بالسن .

والآخر : أنه دليل للبلوغ بالاحتلام^(١) .

ومحل الخلاف كما في « حاشية الفتح » : حيث لم يعلم له سن ولا احتلام ، فإذا أنبت . .
حكمتنا على الأول ببلوغه من حيث الإجمال ولم نحكم له بسن معين ، وعلى الثاني ببلوغه بالسن
الذي هو خمس عشرة سنة ، وأن هذا هو سنه الآن ، وعلى الثالث أنه بلغ بالاحتلام ، وأن سنه الآن
تسع سنين ، تأمل^(٢) .

قوله : (أو الحيض في المرأة) أي : إجماعاً ، واحتج له أيضاً بخبر أبي داود : (أنه صلى الله
عليه وسلم قال لأسماء بنت أبي بكر رضي الله تعالى عنهما : « إن المرأة إذا بلغت المحيض . .
لا يصلح أن يرى إلا هذا وهذا » وأشار إلى الوجه والكفين)^(٣) فعلق وجوب الستر بالمحيض ،
وذلك نوع تكليف . « غرر » و « حاشية الروض »^(٤) .

قوله : (لوقت إمكانه السابق) أي : وهو كمال تسع سنين قمرية تقريباً .

قوله : (أو الحمل فيها) أي : المرأة ، فهي والرجل يتشاركان في البلوغ بالسن والاحتلام
والإنبات ، وتزيد المرأة عليه في الحيض والحمل .

قوله : (وعبر غيره بالولادة) أي : منهم ابن المقرئ في « الروض »^(٥) .

(١) كفاية النبيه (٣٤ / ١٠) .

(٢) حاشية فتح الجواد (٧٧ / ١) : .

(٣) سنن أبي داود (٤١٠٤) .

(٤) الغرر البهية (٣٤١ / ٥) ، حواشي الرملي على شرح الروض (٢٠٧ / ٢) .

(٥) انظر « أسنى المطالب » (٢٠٧ / ٢) .

وَكُلُّ مِنْهُمَا دَلِيلُ الْبُلُوغِ بِالْإِنْزَالِ . وَمِنْ ثَمَّ إِذَا وَلَدَتْ . . بَانَ أَنَّهَا بَلَغَتْ قَبْلَهَا بِسِتَةِ أَشْهُرٍ وَلِحِظَةٍ .
(وَالرُّشْدُ) الَّذِي يَرْتَفِعُ فِيهِ حَجَرُ السَّفَةِ : (صَلَاحُ الدِّينِ وَالْمَالِ ؛ فَلَا يَزْنِكُبُ كَبِيرَةً كَالزَّنَا ، وَلَا
يُصِرُّ عَلَى صَغِيرَةٍ)

قوله : (وكل منهما) أي : الحبل والولادة .

قوله : (دليل البلوغ بالإنزال) أي : فكل منهما ليس بلوغاً ، وإنما البلوغ بالإنزال والولادة
المسبوقة بالحبل دليل عليه ؛ لأن الولد يخلق من المائين .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل أنه دليل البلوغ بالإنزال .

قوله : (وإذا ولدت) أي : المرأة .

قوله : (بان أنها بلغت) أي : حكمنا بحصول البلوغ .

قوله : (قبلها) أي : الولادة .

قوله : (بستة أشهر ولحظة) أي : ما لم تكن مطلقة وتأتي بولد يلحق [المطلق] ، وإلا . . حكم
ببلوغها قبل الطلاق بلحظة حيث وجد بعد الطلاق أقل مدة الحمل فأكثر ، أما لو لم يوجد بعده
ذلك . . فيحكم ببلوغها قبله بمدة إذا ضمت لما بعده بلغت أقل مدة الحمل . (سم)^(١) .

قوله : (والرشد الذي يرتفع فيه حجر السفه) أي : ابتداء ، وأما دواماً . . فهو صلاح المال
فقط ، حتى لو فسق . . لا يخرج عن الرشد . جمل^(٢) .

قوله : (صلاح الدين والمال) أي : جميعاً كما فسر به ابن عباس والشافعي رضي الله تعالى
عنهم قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ ، وفي وجه عندنا كالأئمة الثلاثة : أنه
صلاح المال فقط ، فإن قيل : الرشد الواقع في الآية نكرة وهي في سياق الإثبات لا تعم ، ولذلك
مال العز بن عبد السلام إلى هذا الوجه . . أجيب بأن النكرة الواقعة في سياق الشرط تعم كما صرح
به الإمام^(٣) .

قوله : (فلا يرتكب كبيرة ، كالزنا) أي : أو القتل أو غيرهما .

قوله : (ولا يصير على صغيرة) أي : كالنظر للأجنبية ، قال في « النهاية » : (ولو شرب النبيذ
المختلف فيه . . ففي « التحرير » و « الاستذكار » : إن كان يعتقد حله . . لم يؤثر ، أو تحريمه . .

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٦٦/٥) .

(٢) فتوحات الوهاب (٢٣٩/٣) .

(٣) البرهان (٣٣٧/١) .

هَذَا بَيَانٌ لِإِصْلَاحِ الَّذِينَ . وَالْمُرَادُ بِهِ : أَلَّا يَفْعَلَ مُحَرَّمًا يُبْطِلُ الْعَدَالَةَ مِنْ فِعْلِ كَبِيرَةٍ مُطْلَقًا ، أَوْ إِصْرَارٍ عَلَى صَغِيرَةٍ ، وَلَمْ تَغْلِبْ طَاعَاتُهُ . (وَلَا يُبَذَّرُ) بِأَلَّا يَضِيعَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ ؛ بِإِلْقَائِهِ فِي نَحْوِ بَحْرِ ،

فوجهان ، أوجههما : التأثير ^(١) .

قوله : (هذا) أي : قوله : (فلا يرتكب كبيرة ...) إلخ .

قوله : (بيان لإصلاح الدين) أي : وسيأتي بيان إصلاح المال .

قوله : (والمراد به) أي : بقوله : (فلا ...) إلخ ، أو بالبيان ، والمآل واحد .

قوله : (ألا يفعل محرماً يبطل العدالة) احترز بالمحرم عما يمنع قبول الشهادة ؛ لإخلاله بالمروءة ؛ كالأكل في السرقة فإنه لا يمنع الرشد ؛ لأن الإخلال المختلف فيه بالمروءة ليس بحرام على المشهور ، وحكى بعضهم في ذلك ثلاثة أوجه ، ثالثها : إن كان تحمل شهادة . . حرم عليه ، وإلا . . فلا ، وهذا هو المعتمد ، ولكن لا يمنع ارتكابه الرشد ؛ لأن الحرمة فيه لأمر خارج .

قوله : (من فعل كبيرة) بيان لما يبطل العدالة .

قوله : (مطلقاً) أي : سواء غلبت طاعته معاصيه أم لا .

قوله : (أو إصرار على صغيرة) عطف على (فعل كبيرة) .

قوله : (ولم تغلب طاعاته) أي : على معاصيه ، وأما إذا أصر على صغيرة ولكن غلبت طاعاته على معاصيه . . فلا تبطل عدالته ، والمرجع في الغلبة العرف ، قال في « حاشية الروض » : (فإنه لا يمكن أن يراد مدة العمر ؛ فالمستقبل لا يدخل في ذلك ، وكذلك ما ذهب بالتوبة وغيرها) ^(٢) .

قوله : (ولا يذّر) عطف على (لا يرتكب كبيرة ...) إلخ ^(٣) ، وهذا بيان لإصلاح المال .

قوله : (بألا يضيع شيئاً من ماله) أي : جنسه وإن لم يكن متمولاً ، قال في « التحفة » و« النهاية » : (وظاهر كلامهم : أنه لا يلحق به الاختصاص في هذا ، وهو محتمل ، ويحتمل خلافه) ^(٤) ، قال (ع ش) : (وهو المعتمد ؛ أي : فيلحق بالمال فيحرم إضاعة ما يعد منتفعاً به منه عرفاً ويحجر بسببه) ^(٥) .

قوله : (بإلقائه في نحر بحر) أي : كنار ؛ لقلة عقله .

(١) نهاية المحتاج (٣٦٢/٤) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٤٣/٤) .

(٣) في الأصل : (لا يرتكب صغيرة) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٤) تحفة المحتاج (١٦٧/٥) ، نهاية المحتاج (٣٦٢/٤) .

(٥) حاشية الشبراملسي (٣٠٢/٤) .

أو صرفه في مُحَرَّم ولو صغيرة ، وَأَلَّا يُغْبَنَ في معاملته غبناً فاحشاً ، لا يسيراً كبيع ما يُساوي عشرةً بتسعة . (وَلَيْسَ مِنَ التَّبْذِيرِ صَرْفُ الْمَالِ فِي وُجُوهِ الْخَيْرِ ، وَالطَّعَامِ الَّذِي لَا يَلِيقُ) وَكَذَا مَا لَا يَلِيقُ بِهِ مِنْ لِبَاسٍ وَجَوَارِي تَسْرٍ ،

قوله : (أو صرفه في محرم ولو صغيرة) أي : كإعطائه أجرة لصوغ بناء نقد أو لمنجم أو لرشوة على باطل أو لمُحَذَّر . « إيعاب » .

قوله : (وألا يغبن في معاملته) أي : ونحوها ، وهذا عطف على (ألا يضيع ...) إلخ .
قوله : (غبناً فاحشاً) أي : وهو ما لا يحتمل غالباً كما سيأتي في (الوكالة) ، قال في « التحفة » : (لأنه يدل على قلة عقله ، ومن ثم : لو أراد به المحاباة والإحسان . . لم يؤثر ؛ لأنه ليس بتضييع ولا غبن ، ولو كان يغبن في بعض التصرفات . . لم يحجر عليه كما رجحه القمولي ؛ لبعد اجتماع الحجر وعدمه ، لكن الذي مال إليه الأذرع اعتبار الأغلب)^(١) .

قوله : (لا يسيراً ؛ كبيع ما يساوي عشرة بتسعة) أي : من الدراهم ، وخرج بها : الدنانير فلا يحتمل فيها ذلك . (ع ش)^(٢) .

قوله : (وليس من التبذير) أي : في الأصح كما في « المنهاج »^(٣) .

قوله : (صرف المال) أي : وإن كثر .

قوله : (في وجوه الخير) أي : كالصدقة والعق ؛ لأن فيه غرضاً صحيحاً وهو الثواب ، ولا سرف في الخير كما لا خير في السرف ، قال في « التحفة » : (وفرق الماوردي بين التبذير والسرف ؛ بأن الأول الجهل بمواقع الحقوق ، والثاني الجهل بمقاديرها ، وكلام الغزالي يقتضي ترادفهما ، ويوافقه قول غيره : حقيقة السرف : ما لا يقتضي حمداً عاجلاً ولا أجراً آجلاً)^(٤) .

قوله : (والطعام الذي لا يليق) أي بحاله وحال أمثاله .

قوله : (وكذا ما لا يليق به) أي : ليس من التبذير أيضاً صرف المال لما لا يليق بحاله .

قوله : (من لباس وجواري تسر) أي : إماء للتسري ؛ بيان لـ (م) وذلك لأن المال يتخذ لينتفع ويلتذ به ، وقضية كون الصرف في المطاعم والملابس التي لا تليق ليس تبذيراً : أنه ليس بحرام ، وهو كذلك ، قال في « التحفة » : (ولا ينافي ما هنا عدهم الإسراف في النفقة معصية ؛

(١) تحفة المحتاج (١٦٧/٥) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٣٦٢/٤) .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٢٥٦) .

(٤) تحفة المحتاج (١٦٨/٥) .

ولا بُدَّ من اختبارِ رُشدِ الصَّبِيِّ في الدِّينِ - بأنْ يُرى فاعلاً للواجباتِ ، تاركاً للمحرَّماتِ - وألَمالِ بِمَا يليقُ بِهِ ؛ نظراً لحرفةِ أبيهِ حتَّى يغلبَ على الظَّنِّ رُشدُهُ ،

لأنه مفروض فيمن يقتضِر لذلك من غير رجاء وفاء من جهة ظاهرة مع جهل المقرض بحاله (١) أي : فهما مسألتان ؛ فالمدكور هنا في الإنفاق من خالص ماله فلا يحرم ، والمذكور هناك في الاقتراض من الناس ويتبسّس فيها وهو لا يرجو الوفاء . . . إلخ ، وبه يعلم وهم من ادعى التناقض في ذلك ، تدبر .

قوله : (ولا بد من اختبار رشد الصبي) أي : والصبيّة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ ﴾ أي : اختبروهم ، والمخاطب بالاختبار الأولياء ولو في الأنثى ، قال في « التحفة » : (ولا ينافيه النص على أن النساء والمحارم يختبرونها ؛ لأن الولي ينيبهم في ذلك ، وعليه : قيل : يكفي أحدهما ، وهو الأوجه ، وقيل : لا بد من اجتماعهما) (٢) .
قوله : (في الدين) متعلق بـ (الرشد) .

قوله : (بأن يرى فاعلاً للواجبات تاركاً للمحرّمات) زاد جمع : كونه متوقفاً للشبهات ومخالطاً لأهل الخير ، ومقتضاه : أنه لو ارتكب الشبهات . . لا يكون رشيداً ، وليس كذلك ؛ لما مر : أن ضابط صلاح الدين : ألا يفعل محرماً يطل العدالة ، وحينئذ : فيتعين أن مرادهم بذلك : المبالغة من استكشاف حال [الصبي] في الرشد لا الاشتراط ، ويفهم من كلامه : أنه لا يشترط معرفة باطنه ، وهو كذلك ؛ لقول ابن الصلاح : (لا يلزم شاهد الرشد معرفة عدالة المشهود له باطناً ، بل يكفي معرفتها ظاهراً ولو بالاستفاضة) .

قوله : (والمال) عطف على (الدين) .

قوله : (بما يليق به) أي : فيختلف الاختبار في المال باختلاف مراتب الناس .

قوله : (نظراً لحرفة أبيه) أي : فيختبر ولد التاجر في المماكسة في البيع والشراء ؛ بأن ينقص عما طلبه معاملة أو بزيادة عليه ، وولد الزراع في الإنفاق على القوام بالزراعة ، وولد نحو الأمير بالإنفاق على أتباع أبيه ، وولد الفقيه بذلك ونحو شراء الكتب ، والمرأة في القطن والغزل وصون الأطعمة عن نحو الهرة وحفظ متاع البيت .

قوله : (حتّى يغلب على الظن رُشدُهُ) أي : فيشترط تكرار الاختبار مرتين أو أكثر حتّى يغلب على الظن رُشدُهُ ، فلا يكفي مرة ؛ لأنه قد يصيب فيها لا عن قصد .

(١) تحفة المحتاج (١٦٨/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (١٦٨/٥ - ١٦٩) .

ووقتُه قبلَ البلوغِ ، ويُسلمُ إليه المالُ ليماكسَ ، ولا يعقدُ إلاَّ الوليُّ . (وَمَنْ حَجَرَ عَلَيْهِ لِسْفَهُ حَدَثَ)
كتبذير طارٍ بعدَ بلوغِهِ رشيداً

قوله : (ووقتُه) أي : الاختبار .

قوله : (قبل البلوغ) أي : لا بعده على المعتمد ؛ لإناطة الاختبار في الآية السابقة باليتيم ، وهو إنما يقع على غير البالغ ، ولأنه لو كان بعده . . لأدَّى إلى أن يحجر على البالغ الرشيد إلى أن يختبر ، وهو باطل ، والمراد بـ (القبلىة) : الزمن القريب للبلوغ ؛ بحث يظهر رشده ليسلم إليه المال فوراً .

قوله : (ويسلم إليه المال) أي : بأن يعطيه الولي ما لا قليلاً .

قوله : (ليماكس) أي : بذلك المال لا ليعقد ، واعترض بأنه لا حاجة لتسليم المال إليه مع أن المماكسة بدونه ممكنة ، وأجيب بأن في تسليمه قوة داعية له على المماكسة ، وتنشيطاً له في المعاملة ، وزيادة رغبة وإقدام على إجابته مما يماكسه ، وتطمين قلب المعامل له في التكلم معه ، ففيها فوائد .

قوله : (ولا يعقد إلا الولي) أي : لعدم صحته من المولى ، فإن تلف المال في يده . . لم يضمه الولي ؛ لأنه مأمور بالتسليم إليه ، قال في « التحفة » : (كذا أطلقوه ، ولو قيل بأنه يلزمه مراقبته بحيث لا يكون إغفاله له حاملاً على تضييعه ؛ وإلا ضمنه . . لم يبعد)^(١) .

قوله : (ومن حجر عليه لسفه حدث) هذا شروع في حكم السفه ، قال الجمل : (حاصله : أنه عند البلوغ له خمس حالات ؛ لأنه إما أن يكون رشيداً فقط ، أو مبذراً فقط ، أو فاسقاً فقط ، أو يجمعهما ، أو مجنوناً ؛ فهو في الأولى ولي نفسه ، وفي الأربعة الباقية وليه وفيه في الصغر ، وفيما إذا بلغ رشيداً . . قد يعرض له حالة من أربعة : الفسق فقط ، أو التبذير فقط ، أو هما ، أو الجنون ؛ ففي الجنون يكون كما مر في الأربعة السابقة ، وفي الفسق يكون رشيداً ، وفي الصورتين الباقيتين يحجر عليه الحاكم وهو وليه ، وقبل الحجر يسمى سفيهاً مهملاً وتصرفاته صحيحة) ، تأمل^(٢) .

قوله : (كتبذير طارٍ بعد بلوغه رشيداً) الكاف استقصائية ، فلو أبدلها بأي التفسيرية . . لكان أولى ، والمراد ببلوغه رشيداً كما قاله (ع ش) : أن يحكم عليه بالرشد باعتبار ما يرى من أحواله ، ولا يتحقق ذلك إلا بعد مضي مدة يظهر فيها ذلك عرفاً ، فلا يتقيد بخصوص الوقت الذي بلغ فيه ؛ كوقت الزوال مثلاً^(٣) .

(١) تحفة المحتاج (١٦٩/٥ - ١٧٠) .

(٢) فتوحات الوهاب (٣/٣٤١) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٤/٣٦٥) .

(.. قَوْلُهُ الْقَاضِي) دُونَ الْأَبِ وَغَيْرِهِ (فَيَحْجَرُ عَلَيْهِ) وَجُوباً ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « خُذُوا عَلَى أَيْدِي سَفَهَائِكُمْ » . وَلَا يَرْتَفَعُ حَجَرُهُ إِلَّا بِفَكِّهِ كَمَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِضَرْبِهِ ، فَمَا دَامَ هَذَا الْكَسْفِيُّ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ .. فَتَصَرَّفُهُ صَحِيحٌ ، وَهَذَا يُسَمَّى بِالْكَسْفِيهِ الْمَهْمَلِ

قوله : (فوليه القاضي) أي : لأنه الذي يعيد الحجر عليه كما سيأتي .
قوله : (دون الأب وغيره) أي : كالوصي ؛ لأن ولايته قد زالت فينظر من له النظر العام ، لكن لو جن بعد ذلك .. رجعت الولاية من القاضي للأب ونحوه ، وحينئذ يقال : ارتفع حجر السفه وخلفه حجر الجنون .

قوله : (فيحجر عليه وجوباً) أي : فإن لم يحجر عليه .. أثم . جمل^(١) .
قوله : (لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم ..) إلخ ، دليل لوجوب حجره .
قوله : (« خذوا على أيدي سفهائكم ») رواه الطبراني بإسناد صحيح^(٢) ، ونقل الروياني عن الشافعي رضي الله تعالى عنه : أن القاضي إذا حجر عليه .. استحَب أن يرد أمره إلى الأب أو الجد ، فإن لم يكن .. فسائر العصبات ؛ لأنهم أشفق ، ويسن له أن يشهد على حجر السفه ، وإن رأى النداء عليه ليجتنب في المعاملة .. فعل . « نهاية » و « مغني »^(٣) .
قوله : (ولا يرتفع حجره) أي : السفه المذكور إذا رشد .

قوله : (إلا بفكه كما لا يثبت إلا بضربه) أي : القاضي ؛ لأن كلاً منهما محل اجتهد ، ولو فسق بعد وجود رشده ولكن بقي صلاح تصرفه في ماله .. لم يحجر عليه في الأصح ؛ لأن السلف لم يحجروا على الفسقة ، وفارق استدامته بالفسق المقترن بالبلوغ ؛ بأن الأصل ثم : بقاؤه ، وهنا ثبت الإطلاق ، والأصل : بقاؤه ، وفارق الحجر بعود التبذير ؛ بأن الفسق لا يتحقق به إتلاف المال ولا عدم إتلافه ، بخلاف التبذير ، تأمل .

قوله : (فما دام هذا السفه) أي : الذي حدث سفهه بعد بلوغه رشيداً .
قوله : (لم يحجر عليه) خبر (ما دام) أي : لم يحجره القاضي .
قوله : (فتصرفه صحيح) أي : لعدم المانع منه الذي هو حجر القاضي إياه .
قوله : (وهذا) أي : السفه الذي حدث سفهه بعد الرشيد .
قوله : (يسمى بالسفيه المهمل) هذا هو المشهور ، وهو مرادهم بقولهم : السفه المهمل

(١) فتوحات الوهاب (٣/٣٤١) .

(٢) مكارم الأخلاق (٨١) عن سيدنا النعمان بن بشير رضي الله عنهما .

(٣) نهاية المحتاج (٤/٣٦٥) ، مغني المحتاج (٢/٢٢١-٢٢٢) .

(وَإِنْ بَلَغَ سَفِيهَاً) أَي : غير مصلح لدينه أو ماله ، أو جُنَّ الرَّشِيدُ أو غيره (. . قَوْلُهُ وَلَيْتَهُ فِي الصَّغَرِ) فَهُوَ مُحْجُورٌ عَلَيْهِ شَرْعاً وَإِنْ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ حِسّاً . فَإِنْ بَلَغَ مُصْلِحاً لَهُمَا ، أو غير مصلحٍ ثُمَّ صَارَ مُصْلِحاً لَهُمَا . . أَنْفَكَ حَجْرَهُ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ

ملحق بالرشيد ، فمتى أطلقوا السفية المهمل . . اختص بهذا ، ولهم سفيه آخر يسمى (المهمل) ، وهو محجور عليه لا يصح تصرفه ؛ وهو من بلغ غير رشيد ، وهذا ليس المراد من السفية المهمل حيث أطلق ، وإنما المراد : الأول لا غير ، تدبر .

قوله : (وَإِنْ بَلَغَ سَفِيهَاً ؛ أَي : غير مصلح لدينه أو ماله) أَي : أو غير مصلح لكل منهما كما فهم بالأولى .

قوله : (أو جن الرشيد) أَي : بأن طرأ الجنون بعد رشده .

قوله : (أو غيره) أَي : غير الرشيد ؛ بأن طرأ الجنون على السفية .

قوله : (فوليه وليه في الصغر) سيأتي بيانه قريباً .

قوله : (فَهُوَ مُحْجُورٌ عَلَيْهِ شَرْعاً وَإِنْ لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ حِسّاً) أَي : فيتصرف في ماله من كان يتصرف فيه قبل بلوغه ، قال في « حاشية الروض » : (لَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى عُلِقَ دَفْعُ الْمَالِ إِلَيْهِ بِالْبُلُوغِ وَإِنْيَاسُ الرُّشْدِ ؛ فَكَمَا لَا يَرْتَفِعُ الْحَجَرُ إِذَا رُشِدَ قَبْلَ الْبُلُوغِ . . لَا يَرْتَفِعُ إِذَا بَلَغَ قَبْلَ الرُّشْدِ ، وَلَأَنَّ الْحَجَرَ إِنَّمَا ثَبَتَ لِلْحَاجَةِ إِلَى حِفْظِ الْمَالِ وَهِيَ بَاقِيَةٌ ^(١)) ، وفارق طرو الجنون طرو السفه بأن السفه مجتهد فيه فاحتاج إلى نظر الحاكم ، بخلاف الجنون .

قوله : (فَإِنْ بَلَغَ مُصْلِحاً لَهُمَا) أَي : للدين والمال معاً .

قوله : (أو غير مصلح) أَي : أو بلغ غير مصلح لهما .

قوله : (ثُمَّ صَارَ مُصْلِحاً لَهُمَا) أَي : للدين والمال من غير تخلل حجر .

قوله : (أَنْفَكَ حَجْرَهُ) أَي : بنفس البلوغ في الصورة الأولى ، وبنفس الرشد في الثانية .

قوله : (وَدَفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ) جمع بينه وبين الانفكاك ؛ لبيان غايته ، وقال في « المغني » :

(لِيَحْتَرِزَ عَنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ فِي الْمَرْأَةِ فَإِنَّهُ قَالَ : لَا بَسْلَمَ الْمَالُ إِلَى الْمَرْأَةِ حَتَّى تَتَزَوَّجَ ، فَإِذَا تَزَوَّجَتْ . . يَدْفَعُ إِلَيْهَا بِإِذْنِ الزَّوْجِ ، وَلَا يَنْفَذُ تَبَرُّعُهَا بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ مَا لَمْ تَصِرْ عَجُوزاً ، فَقَالَ لَهُ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ : أَرَأَيْتَ لَوْ تَصَدَّقْتَ بِثَلَاثٍ مَالِهَا ثُمَّ بِثَلَاثٍ الثَّلَاثِينَ ثُمَّ بِثَلَاثٍ الْبَاقِي . . هَلْ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ الثَّانِي وَالثَّلَاثُ ؛ إِنْ جُوزَتْ . . سَلَّطْتُهَا عَلَى جَمِيعِ الْمَالِ بِالتَّبَرُّعِ ،

ويلزمه تمكينه من ماله حيث علم رُشدَهُ وإن لم يثبت ؛ لكن صِحَّةَ تصرُّفه في الظاهر متوقفة على ثبوته . (وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ لِلْسَّفَهَةِ تَصَرُّفُهُ فِي أَمْالِهِ) كبيع ولو بغبطة وإن أذن له وليه . .

قوله : (ويلزمه) أي : الولي .

قوله : (تمكينه من ماله حيث علم رُشدَهُ) الضمائر الثلاثة للمولى .

قوله : (وإن لم يثبت) أي : الرشد بالبينة ولم يظهر .

قوله : (لكن صحة تصرفه) أي : المولى في ذلك المال .

قوله : (في الظاهر) أي : لا في الباطن ؛ إذ لا تتوقف على البينة .

قوله : (متوقفة على ثبوته) أي : الرشد بالبينة ، قال في « التحفة » : (أي : أو ظهوره كما صرح به بعضهم حيث قال : يصدق الولي في دوام الحجر ؛ لأنه الأصل ما لم يظهر الرشد أو يثبت)^(١) ، قال الشرواني : (أي : وقت التصرف ، وظاهره : ولو كانت شهادة البينة بذلك التصرف)^(٢) .

قوله : (ولا يصح من المحجور عليه للسفه) أي : شرعاً ؛ بأن بلغ سفيهاً ، أو حساً ؛ بأن حجر عليه الحاكم لتبذيره بعد بلوغه رشيداً .

قوله : (تصرفه في المال) أي : لأن تصحيحه يؤدي إلى إبطال معنى الحجر ، قال في « الأسنى » : (وللآية والخبر السابقين ، بخلاف الاحتطاب ونحوه ، والطلاق والخلع والطهارة ونحوها كما سيأتي)^(٣) .

قوله : (كبيع) أي : وشراء لغير طعام عند الاضطراب وإجارة نفسه .

نعم ؛ قال الماوردي والرويانى : (له إيجار نفسه إن لم يكن عمله مقصوداً في نفسه لاستغنائه بماله ؛ لأن له التطوع بمنفعته حينئذ فالإجارة أولى ، بخلاف ما إذا قصد عمله ؛ لأن لوليه إجباره على الكسب حينئذ ليرتفق به في النفقة فلا يتعاطى إيجاره غيره)^(٤) .

قوله : (ولو بغبطة) أي : أو في الذمة .

قوله : (وإن أذن له وليه) أي : وعين له الثمن في الأصح ، قال في « المغني » : (لأن عبارته مسلوقة كما لو أذن لصبي ، والثاني : يصح كالنكاح ، وقال الإمام في « كتاب النكاح » : إنه

(١) تحفة المحتاج (١٧٠/٥) .

(٢) حاشية الشرواني (١٧٠/٥) .

(٣) أسنى المطالب (٢٠٩/٢) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٨/٨) ، بحر المذهب (٣٩٧/٥) .

أو موكله وإن قَدَّرَ له العوض ؛ لأنه مَظَنَّةُ الْإِتْلَافِ ، ويضمنُ القابضُ منه وإن جهَلَ حالَهُ ، لا هوَ ما قبضَهُ مِنْ رشيدٍ ؛ وتلفَ ولو بِإِتْلَافِهِ لَهُ في غيرِ أمانةٍ

المذهب ، وفَرَّقَ الأولُ بأن المقصود بالحجر عليه حفظ المال دون النكاح ^(١) .

قوله : (أو موكله) أي : لأنه لا يصح توكله .

قوله : (وإن قدر له العوض) أي : ومن باب أولى إذا لم يقدر له العوض ؛ إذ لا خلاف حينئذ .

قوله : (لأنه مظنة الإلتلاف) تعليل للمتن ، قال (ع ش) : (فيه نظر بالنسبة لإذن الولي ؛ فإنه لا يأذن له إلا إذا اقتضت المصلحة ذلك ، فليس فعله في معنى الإلتلاف ، ويكفي في فائدة الحجر توقف الصحة على إذن الولي لو قيل بالصحة) فليتأمل ^(٢)

قوله : (ويضمن القابض منه) أي : من السفية ما قبضه منه في معاملة أو غيرها وتلف عنده .

قوله : (وإن جهَلَ حاله) أي : جهَلَ القابض حال السفية ، فلا فرق في الضمان بين علمه بها وأن لا .

قوله : (لا هو) أي : السفية .

قوله : (ما قبضه من رشيد) أي : فلا يضمن ما قبضه من غيره إن أقبضه له رشيد ، قال الأذرعى : والظاهر : أن في معنى الرشيد من سفه بعد رشده ولم يتصل به حجر . . فإن الأصح : نفوذ تصرفاته كالرشيد إلى أن يحجر عليه القاضي ، نقله في «الأسنى» ^(٣) ، وبه جزم في «التحفة» ^(٤) .
قوله : (وتلف ولو بإتلافه له) أي : المقبوض في يده ، لكنه يأثم في صورة إتلافه ؛ لأنه مكلف .

قوله : (في غير أمانة) سيأتي محترزه ، قال (ع ش) : دخل فيه العارية ، فإذا ألتفها . . لا يضمنها ، وهو ظاهر . لكن يرد عليه أن المعبر إنما أذن له في الانتفاع لا في الإلتلاف ، إلا أن يقال : إن إذنه له في الانتفاع الذي قد يجر إلى الإلتلاف منزل منزلة ما لو أذن له في الإلتلاف ، نقله الجمل ^(٥) .

(١) مغني المحتاج (٢/٢٢٣) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٤/٣٦٠) .

(٣) أسنى المطالب (٢/٢٠٩-٢١٠) .

(٤) تحفة المحتاج (٥/١٧٣) .

(٥) فتوحات الوهاب (٣/٣٠٣) .

قَبْلَ الْمَطَالِبَةِ بَرْدَهُ وَإِنْ أَنْفَكَ الْحَجْرُ ، وَجَهَلَ حَالَهُ مَنْ عَامَلَهُ ؛ لَتَقْصِيرِهِ بِتَرْكِ الْبَحْثِ . (فَلَوْ اشْتَرَيْ) مثلاً (شَيْئاً وَتَلَفَ) وَلَوْ بِإِتْلَافِهِ لَهُ (. . فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) وَلَوْ بَعْدَ رُشْدِهِ لَكُنْ ظَاهِراً لَا بَاطِناً ،

قوله : (قبل المطالبة برده) أي : ما قبضه ، بخلاف ما إذا تلف بعد المطالبة برده والامتناع منه . . فإنه يضمن كظهيره في الصبي .

قوله : (وإن انفك الحجر) أي : عن السفية ، قال في « الأسنى » : (وإنما لم يضمنه بعد انفكك الحجر عنه ؛ لأنه حجر ضرب لمصلحته فأشبهه الصبي ، لكنه يأثم ؛ لأنه مكلف ، بخلاف الصبي)^(١) أي : فإنه لا يأثم ؛ لكونه غير مكلف .

قوله : (وجهل حاله من عامله) أي : من أقبضه إياه .

قوله : (لتقصيره بترك البحث) أي : فهو المضيع لحقه ؛ فإنه سلط السفية على إتلافه بإقباضه وكان من حقه أن يبحث عنه قبل معاملته .

قوله : (فلو اشترى) أي : السفية .

قوله : (مثلاً) أي : فاقصار المصنف على الشراء مجرد تمثيل ، فلو نكح ووطى . . لم يلزمه شيء كما صرحوا به في (باب النكاح) لكن حيث كانت المنكوحة رشيدة مختارة ، بخلاف السفية والمكرهة ونحوهما فيجب لهن مهر المثل .

قوله : (شيئاً) أي : من غير محجور عليه .

قوله : (وتلف) أي : قبل المطالبة برده كما مر .

قوله : (ولو بإتلافه له) أي : حيث كان قبل رشده ؛ أخذاً مما سيأتي عن الأذرعى .

قوله : (فلا ضمان عليه) أي : على السفية .

قوله : (ولو بعد رشده) أي : في غير صورة الإتلاف ؛ فقد قال الأذرعى : (أما لو بقي بعد رشده ثم أتلفه . . ضمنه ، وكذا لو تلف وقد أمكنه رده بعد رشده ، فلو قال مالكة : إنما أتلفه بعد رشده ، وقال آخذه : بل قبله ؛ فإن أقام بينة حال إتلافه . . غرمه ، وإلا . . فالتبادر تصديق آخذه بيمينه ، وفيه نظر ، قال : وكل ذلك تفقه ، فتأمله) ، قال الرملي : (وكله صحيح جار على القواعد)^(٢) .

قوله : (لكن ظاهراً لا باطناً) هذا ما اعتمده الشارح كشيخه والخطيب^(٣) ، وخالفه الرملي

(١) أسنى المطالب (٢/٢٠٩) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٢/٢٠٩) .

(٣) تحفة المحتاج (٥/١٧٤) ، أسنى المطالب (٢/٢٠٩) ، مغني المحتاج (٢/٢٢٣) .

كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ فِي « الْأُمِّ » ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْبَائِعَ سَلَّطَهُ عَلَى إِتْلَافِهِ بِيَعِهِ لَهُ وَإِنْ جَهِلَ لَتَقْصِيرِهِ ، كَمَا تَقَرَّرَ ، بِخِلَافٍ مَنْ أَوْدَعَهُ شَيْئاً ؛ فَإِنَّهُ إِنْ تَلَفَ عِنْدَهُ . . لَا يَضْمَنُهُ ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ . . ضَمَنَهُ ؛ لِأَنَّهُ بِالْإِدْعَاءِ لَمْ يَسَلَّطَهُ عَلَى إِتْلَافِهِ . (وَيَصِحُّ إِفْرَازُهُ) أَي : أَلْسَفِيهِ (بِالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ)

فاعتمد : أنه لا يضمن ظاهراً ولا باطناً في كل من التلف والإتلاف ، فلا يطالب بعد فك الحجر بشيء أصلاً^(١) .

قوله : (كما نص عليه الشافعي رضي الله تعالى عنه في « الأم ») أي : في (باب الإقرار) : أنه يضمن بعد انفكاك الحجر عنه ، وهو الموافق لما مر في (البيع) في نظيره من الصبي ، قاله في « الأسنى »^(٢) .

قوله : (وذلك) أي : تعليل عدم الضمان .

قوله : (لأن البائع سلطه) أي : السفه .

قوله : (على إتلافه ببيعه له) أي : وإقباضه له .

قوله : (وإن جهل) أي : البائع حال السفه .

قوله : (لتقصيره كما تقرر) أي : قريباً ، ومر في (الرهن) : أن الولي إذا أذن لسفيه في قبض

دين المولى على آخر . . ثم يصح ، فالمقبوض على ملك المدين فلا يرجع به على السفه إذا تلف قبل طلب رد ؛ لأنه المقصر بإقباضه .

قوله : (بخلاف من أودعه شيئاً) محترز قوله السابق : (في غير أمانة) .

قوله : (فإنه إن تلف عنده) أي : عند السفه .

قوله : (لا يضمنه) أي : كالرشيد حيث لم يكن مقصراً .

قوله : (وإن أتلفه . . ضمنه) أي : الشيء .

قوله : (لأنه) أي : المالك .

قوله : (بالإيداع لم يسلطه على إتلافه) أي : الشيء المودع عنده ، ومثل ذلك : ما لو طيرت

الريح شيئاً إلى محله ؛ فإنه لو أتلفه . . ضمنه .

قوله : (ويصح إقراره ؛ أي : السفه) أي : المحجور عليه حساً أو شرعاً .

قوله : (بالحد والقصاص) أي : بموجبهما ، وكذا سائر العقوبات .

(١) نهاية المحتاج (٤/٣٦٨) .

(٢) أسنى المطالب (٢/٢٠٩) .

وإن عفي عنه على مالٍ ؛ إذ لا تهمة ، ويقبل في السرقة للقطع لا للمال كالتن ؛ إذ لا يصح إقرارهما
بمالٍ . (و) يصح (طلاقه)

قوله : (وإن عفي عنه على مال) أي : بعد إقراره بذلك .

قوله : (إذ لا تهمة) أي : في الحد والقصاص ، وأيضاً : فإنهما لا يتعلقان بالمال ، وأما
لزومه في العفو . فيتعلق باختيار غيره لا بإقراره .

قوله : (ويقبل) أي : إقرار السفية .

قوله : (في السرقة للقطع لا للمال) أي : فيقطع فيها ولا يثبت عليه المال ، قال (ع ش) :
(فإن قلت : كيف يقطع مع أن القطع يتوقف على طلب المالك المال ، وهنا لا طلب ، وأيضاً :
إقراره بالمال ملغى ؟ قلت : هنا طلب صوري ؛ لأن المقر له يطلب [من] المقر ما أقر به له
ولا يلزمه المال الذي قطع بسببه) تأمل^(١) .

قوله : (كالتن) أي : فإنه يقبل إقراره بالسرقة للقطع لا للمال .

قوله : (إذ لا يصح إقرارهما) أي : السفية والقن .

قوله : (بمال) أي : بما يتعلق بمال كدين ، أو إتلاف مال أو جنابة توجب المال ، قال (ع
ش) : (سواء أسندها لما قبل الحجر أو لما بعده)^(٢) .

قال في « المغني » : (أفهم تعبيره بعدم الصحة : أنه لا يطالب به في حال الحجر ولا بعد فكه ،
ومحله في الظاهر ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى . فيجب عليه بعد فك الحجر أدائه إذا كان صادقاً
في إقراره كما نص عليه في « الأم » ، ولو أقر بعد رشده أنه كان أتلف مالا . . لزمه الآن قطعاً كما
نقله في « زيادة الروضة » في « باب الإقرار » عن ابن كج (انتهى^(٣)) ، ومثله في « التحفة »^(٤) ،
وخالف الرملي ذلك فاعتمد عدم المطالبة بذلك ظاهراً وباطناً قال : (ويحمل القول بلزوم ذلك له
باطناً إذا كان صادقاً على ما إذا كان سببه متقدماً على الحجر أو مضمناً له فيه ؛ أي : الحجر)
انتهى^(٥) .

قوله : (ويصح طلاقه) أي : السفية ، وكذا ظهاره وإيلاؤه ورجعته ، ونفيه النسب لما ولدته

(١) حاشية الشبراملسي (٣٧٠ / ٤) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٣٦٩ / ٤) .

(٣) مغني المحتاج (٢٢٤ / ٢) .

(٤) تحفة المحتاج (١٧٤ / ٥) .

(٥) نهاية المحتاج (٣٦٩ / ٤) .

وَحُلْعُهُ) لَا قَبْضُهُ عَوْضُهُ . وَيَصِحُّ أَيْضاً وَصِيَّتُهُ ، وَتَدْبِيرُهُ ، وَصَلَحُهُ عَنْ قَوْدٍ لَهُ وَلَوْ عَلَى أَقَلٍّ مِنَ الدِّيةِ ؛ لِأَنَّ لَهُ الْعَفْوَ عَنْهُ مَجَاناً ، فَيَبْدُلُ لَهُ أَوَّلِيَّ ، أَوْ عَلَيْهِ وَلَوْ أَكْثَرَ مِنَ الدِّيةِ ؛ صِيَانَةً لِرُوحِهِ

حليلته بلعان في الزوجة وبحلفه في الأمة واستلحاقه النسب ، ولكن ينفق على الولد المستلحق من بيت المال قرضاً ، قال (ع ش) : (لأن إقراره المؤدي إلى تفويت المال عليه لغو فقبل لثبوت النسب ؛ لأنه بمجرد النسب لا يفوت عليه مال ، وألغي فيما يتعلق بالنفقة ؛ حذراً من التفويت للمال ، وإذا رشد . . طولب بالنفقة عليه) (١) .

قوله : (وخلعه) أي : زوجته ولو بأقل من مهر مثلها ؛ لأنه إذا صح طلاقه بلا مال . . فبه وإن قل أولى .

قوله : (لا قبضه عوضه) أي : فإنه لا يصح ، فلا يسلم إليه بل إلى وليه أو إليه بإذن وليه ؛ لما مر من صحة قبض دينه بالإذن .

نعم ؛ لو علق بإعطائه ؛ كأن أعطيتني كذا فأنت طالق . . صح قبضه له ؛ إذ لا بد من أخذه له ولو بغير إذن وليه ، ويجب على الولي نزع منه ، فإن تلف في يده بعد إمكانه . . ضمنه .

قوله : (ويصح أيضاً وصيته وتدبيره) أي : السفية ؛ لصحة عبارته واحتياجه للثواب ، وفقد المعنى الذي لأجله حجر عليه ، بخلاف المجنون والطفل ولو مميزاً ؛ إذ لا عبارة لهما .

قوله : (وصلحه عن قود) أي : قصاص .

قوله : (له ولو على أقل من الدية) أي : فإذا وجب له قصاص . . جاز العفو على مال ولو أقل من الدية ؛ لأن القود هو الواجب عيناً فليس فيه تفويت .

قوله : (لأن له العفو عنه مجاناً) أي : على المذهب كما ذكره المصنف - أي : النووي - قبيل (كتاب الديات) . « مغني » (٢) .

قوله : (فببدل له أولى) أي : فالعفو مع حصول البدل له أولى في الجواز .

قوله : (أو عليه) أي : ويصح صلحه عن قود عليه ، فهو عطف على قوله : (له) السابق .

قوله : (ولو أكثر من الدية) أي : فإذا وجب عليه قصاص فصالح على الدية أو أكثر منها . .

صح وإن لم يأذن له وليه . بل لا يجوز له منعه .

قوله : (صيانة لروحه) أي : فيما إذا كانت الجناية قتلاً .

(١) حاشية الشبراملسي (٤/ ٣٧٠-٣٧١) .

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٢٢٤) .

أَوْ عَضْوِهِ ، وَتَوَكَّلُهُ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ دُونَ إِيجَابِهِ ، وَقَبُولُ الْهَبَةِ لَا الْوَصِيَّةَ عَلَى مَا قَالَهُ الشَّيْخَانِ . وَقَالَ
الْأَكْثَرُونَ : يَصَحَّاحُ مِنْهُ ،

قوله : (أَوْ عَضْوِهِ) أي : فيما إذا كانت الجناية على العضو ، وإنما جاز بأكثر من الدية ؛ لأنه لا يلزم المستحق الرضاء بها ، وقضية كلامه بل صريحه : لزوم الأكثر له . وهو ما قاله الغزالي^(١) ، خلافاً للقاضي حيث قال بالدية فقط ، والمعتمد : الأول ؛ لأن الصيانة المذكورة قد لا تحصل إلا حينئذ .

قوله : (وَتَوَكَّلُهُ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ) أي : ويصح توكل السفية في قبول نكاح وإن لم يأذن له وليه ؛ إذ لا يجب عليه مال .

قوله : (دُونَ إِيجَابِهِ) أي : فلا يصح توكله في إيجاب النكاح وإن أذن له وليه ؛ لأنه ولاية ، وأما نكاحه لنفسه . . فيصح حيث أذن له الولي بقيوده التي ذكروها في بابه

قوله : (وَقَبُولُ الْهَبَةِ) أي : ويصح قبول السفية الهبة ؛ لأنه ليس بتفويت ، بل تحصيل .

قوله : (لَا الْوَصِيَّةَ) أي : لا قبوله الوصية ؛ لأنه تصرف مالي .

قوله : (عَلَى مَا قَالَهُ الشَّيْخَانِ) أي : اقتضاه كلامهما في « الروضة »^(٢) ، قال في « النهاية » : (وجزم به ابن المقري ، وهو المعتمد ، ووجهه : أنه غير أهل لتملك بعقد ، وقبوله الوصية تملك وليس فوراً فأنيط بالولي ، وصح قبوله الهبة ؛ مراعاة لمصلحته لاشتراط اتصال قبولها بإيجابها مع كونه ليس بمملك^(٣) - أي : وإنما يملك فيها بالقبض وهو من الولي - وقد يوجد إيجابها مع غيبة وليه) انتهى^(٤) ، ومثله في « المغني »^(٥) .

قوله : (وَقَالَ الْأَكْثَرُونَ) أي : منهم الماوردي والرويانى والجرجاني^(٦) .

قوله : (يَصَحَّاحُ مِنْهُ) أي : قبول الهبة وقبول الوصية من السفية ، قال في « الأسنى » : (واختاره السبكي والأسنوي ، ولي بهما أسوة . . .) إلخ^(٧) ، ومقتضى كلام الشارح هنا : اعتماد

(١) الوسيط (٦٣/٧) .

(٢) روضة الطالبين (١٨٤/٤) .

(٣) في الأصل : (ليس بملك) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٤) نهاية المحتاج (٣٦٧/٤) .

(٥) مغني المحتاج (٢٢٣/٢) .

(٦) الحاوي الكبير (٢٨/٨) ، بحر المذهب (٣٩٧/٥) .

(٧) أسنى المطالب (٢٠٩/٢) .

وقبضهُ الَّذِينَ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَمَا رَجَّحَهُ جَمْعٌ . (وَهُوَ فِي الْعِبَادَةِ كَالرَّشِيدِ) لَصَحَّةِ عِبَارَتِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا . نَعَمْ ؛ لَا يَصِحُّ مِنْهُ عَرَفُ الزَّكَاةِ إِلَّا إِنْ أَدْنَى لَهُ وَلِيُّهُ ، وَعَيْنٌ لَهُ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ

هَذَا ، وَكَذَا فِي « الْفَتْحِ »^(١) و« التَّحْفَةِ » قَالَ : (وَيَجُوزُ إِقْبَاضُهُ الْهَبَةَ بِحَضْرَةِ مَنْ يَنْتَزِعُهَا مِنْهُ مِنْ وَلِيِّ أَوْ حَاكِمٍ ، وَلَا يَضْمَنُ وَاهِبُ سَلَمٍ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، بِخِلَافٍ مِنْ سَلَمٍ إِلَيْهِ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهَا بِالْقَبُولِ فَوَجِبَ تَسْلِيمُهَا لَوْلِيهِ ، وَعَكْسُ شَارِحٍ لِهَذَا غَلَطٌ ، وَكَذَا فَرْقُهُ بِأَنْ مَلِكُ الْهَبَةِ فَوْقَ مَلِكِ الْوَصِيَّةِ) تَابِرُ^(٢) .

قَوْلُهُ : (وَقَبْضُهُ الدِّينَ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ) أَيُ : وَيَصِحُّ أَيْضاً قَبْضُ السَّفِيهِ الدِّينَ مِنْ غَرِيمِهِ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ .
قَوْلُهُ : (كَمَا رَجَّحَهُ جَمْعٌ) أَيُ : مِنْهُمْ الْحَنَاطِيُّ وَهُوَ مَا يَفْهَمُهُ نَصُّ « الْأُمِّ » كَمَا قَالَ ابْنُ الرِّفْعَةِ^(٣) ، وَعَلَّلَهُ السَّبْكِيُّ بِأَنَّهُ يَغْتَفَرُ فِي الْفِعْلِ مَا لَا يَغْتَفَرُ فِي الْقَوْلِ ، وَعَلَيْهِ : فَيَنْزِعُهُ الْوَلِيُّ مِنْهُ فَوْراً ، وَإِلَّا . . . ضَمْنُهُ ، وَسَتَشْكَلُ ذَلِكَ بِمَا ذَكَرْتَهُ قَرِيباً عَمَّا مَرَّ فِي (الرِّهْنِ) ، وَأَجِيبُ بِأَنْ قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ أَقْوَى مِنْهُ لغيره فَاعْتَدَ بِهِ مِنْ حَيْثُ بَرَاءَةُ الْمَدِينِ ؛ إِذْ لَا تَقْصِيرُ مِنْهُ حِينَئِذٍ الْبَتَّةُ ، تَأْمَلُ .

قَوْلُهُ : (وَهُوَ) أَيُ : السَّفِيهِ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ حَسّاً أَوْ شَرْعاً .
قَوْلُهُ : (فِي الْعِبَادَةِ) أَيُ : الْوَاجِبَةُ مَطْلَقاً وَالْمَنْدُوبَةُ الْبَدْنِيَّةُ .
قَوْلُهُ : (كَالرَّشِيدِ) أَيُ : فَتَصَحُّ مِنْهُ وَلَوْ بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَلِيِّ ، أَمَّا الْمَنْدُوبَةُ الْمَالِيَّةُ ؛ كَصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ . . فَلَيْسَ هُوَ فِيهَا كَالرَّشِيدِ .

قَوْلُهُ : (لَصَحَّةِ عِبَارَتِهِ) أَيُ : السَّفِيهِ .
قَوْلُهُ : (بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا) أَيُ : الْعِبَادَةُ وَلَا جَمَاعَ شَرَائِطِهَا فِيهِ .
قَوْلُهُ : (نَعَمْ ؛ لَا يَصِحُّ مِنْهُ) أَيُ : السَّفِيهِ ؛ اسْتَدْرَاكٌ عَلَى كَلَامِ الْمُتَنِّ .

قَوْلُهُ : (صَرَفُ الزَّكَاةِ) أَيُ : لِأَنَّهُ وَلَايَةٌ وَتَصَرُّفٌ مَالِيٌّ ، وَالْمَقْصُودُ مِنَ الْحَجَرِ : حِفْظُ مَالِهِ .
قَوْلُهُ : (إِلَّا إِنْ أَدْنَى لَهُ وَلِيُّهُ وَعَيْنٌ لَهُ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ) أَيُ : فَيَصَحُّ صَرْفُهُ حِينَئِذٍ كَنْظِيرَهُ فِي الصَّبِيِّ الْمُمِيزِ ، وَكَمَا يَجُوزُ لِلْأَجَبِيِّ تَوَكُّلُهُ فِيهِ ، وَبِحِثِّ الْأَذْرَعِيِّ : أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِحَضْرَةِ الْوَلِيِّ أَوْ نَائِبِهِ ؛ لِاحْتِمَالِ تَلَفِ الْمَالِ لَوْ خَلَا بِهِ ، أَوْ دَعَاوِهِ صَرْفَهُ كَاذِباً ، وَالْكَفَّارَةَ وَنَحْوَهَا كَالزَّكَاةِ فِي ذَلِكَ ، وَنَذَرَهُ فِي الذِّمَّةِ بِالْمَالِ صَحِيحٍ دُونَ عَيْنِ مَالِهِ ، وَالْمَرَادُ بِصَحَّةِ نَذَرِهِ فِيمَا ذَكَرَ : ثُبُوتُهُ فِي ذِمَّتِهِ إِلَى زَوَالِ حَجَرِهِ كَمَا قَالَ السَّبْكِيُّ وَغَيْرُهُ ، فَلَا يَجُوزُ لَوْلِيهِ صَرْفُهُ مِنْ مَالِهِ قَبْلَ فَكِّ الْحَجَرِ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ

(١) فَتْحُ الْجَوَادِ (٤٧٩ / ١) .

(٢) تَحْفَةُ الْمُحْتَاكِ (١٧٢ / ٥) .

(٣) كَفَايَةُ النَّبِيِّ (٤٥ / ١٠) .

(وَوَلِيُّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ أَبُوهُ ، ثُمَّ) (إِنْ فَقِدَ أَوْ قَامَ بِهِ مَانِعٌ كَفَسَقَ) (جَدُّهُ) (لِأَبِيهِ وَإِنْ عَلَا) (ثُمَّ وَصِيٌّ مَنِ تَأَخَّرَ مَوْتُهُ مِنْهُمَا) (لِأَنَّهُ نَائِبُهُ)

نذر الحج بعد الحجر حيث يصح منه ويخرج معه من يراقبه ويصرف عليه من ماله ولا يؤخر إلى فكالك الحجر عنه : أن المقلب في الحج الأعمال البدنية فلم ينظر إلى الاحتياج إلى ما يصرفه من المال ، بخلاف النذر فإن المقصود منه هو المال لا غير ، تأمل .

قوله : (وولي الصبي والمجنون . . .) إلخ ، هذا شروع في بيان من يلي الصبي وكيفية تصرفه في ماله وما يتبع ذلك ، والمراد بـ (الصبي والمجنون) : الجنس ؛ ليشمل الصبية والمجنونة ، وخرج به : الجنين فلا ولاية لهؤلاء على ماله ما دام مجتنباً بالنسبة للتصرف فيه لا لنحو الحفظ ، ولا ينافيه صحة الإيصاء عليه ولو مستقلاً ؛ لأن المراد كما هو ظاهر : أنه إذا ولد . . بان صحة الإيصاء .

قوله : (أبوه) أي : إجماعاً ، ومر : أن الصبي قد يكون أباً ولا يحكم ببلوغه ، لكن هذا نادر فلا يرد على كلامه ، بل أصل الإيراد سهو ؛ لأن المراد : الأب الجامع لشروط الولاية ؛ وإلا . . ورد أيضاً : الأب الفاسق ونحوه .

قوله : (ثم إن فقد) أي : الأب .

قوله : (أو قام به مانع) أي : من الولايات .

قوله : (كفسق) أي : أو جنون أو رق ، وكذا كفر حيث كان المولى مسلماً ؛ لأن الكافر يلي ولده الكافر ، وقول جمع باشتراط الإسلام فيه . . محمول على ما إذا ترفعوا إلينا ، فحيثئذ : لا نقرهم ونلي نحن أمرهم .

قوله : (جده لأبيه وإن علا) أي : كولاية النكاح ، وإنما لم يثبت بعدهما لباقي العصبية كالنكاح ؛ لقصور نظرهم في المال وكماله في النكاح ؛ فإنهم يعيرون بتزويج موليتهم بغير كفاء فيجتهدون فيمن يصلح لموليتهم ، ولا كذلك المال .

قوله : (ثم وصي من تأخر موته منهما) أي : الأب والجد ، أو وصي أحدهما حيث لم يكن الآخر بصفة الولاية ولو كان الوصي أمّاً ، بل هي الأولى ، وشرط الوصي : العدالة الباطنة .

قوله : (لأنه نائبه) أي : الأب والجد ، قال العلامة الشوبري : (ولو أوصى الأب في حياة الجد ثم مات الجد قبل موت الأب . . فالمتجه : الصحة) نقله الجمل^(١) .

(ثُمَّ السُّلْطَانُ) أَي : مَنْ لَهُ وِلَايَةٌ وَسُلْطَنَةٌ ؛ وَهُوَ قَاضِي بِلَدِ الْمُحْجُورِ ، وَهُوَ الْعَدْلُ الْأَمِينُ ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ بِبِلَدٍ آخَرَ . فَوَلِيُّ مَالِهِ قَاضِي بِلَدِ الْمَالِ ، لَكِنْ بِالنِّسْبَةِ لِتَصَرُّفِهِ فِيهِ بِالْحِفْظِ وَالْتَّعَهُدِ ، وَبِمَا يَقْتَضِيهِ الْحَالُ مِنَ الْغِبْطِ الْلَاثِقَةِ إِذَا أَشْرَفَ عَلَى التَّلْفِ كَمَالِ الْغَائِبِينَ . أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلتَّجَارَةِ وَالْإِسْتِمَاءِ وَنَصَبِ الْقِيَمِ . فَذَاكَ لِقَاضِي بِلَدِ الْمُحْجُورِ

قوله : (ثم السلطان : أي : من له ولاية وسلطنة) أي : لخبر : « السلطان ولي من لا ولي له » رواه الترمذي وحسنه ، والحاكم وصححه ^(١) .

قوله : (وهو قاضي بلد المحجور) أي : أو أمينه ، والعبرة بقاضي بلد المولى ؛ أي : وطنه وإن سافر عنه بقصد الرجوع إليه كما في « التحفة » ^(٢) ، وقضيته : أنه لو سافر من بلده إلى ماله . . لم يجز لقاضي بلد المال لتصرف فيه بالبيع ونحوه ، إلا إذا كان فيه غبطة لاثقة ؛ كأن أشرف على التلف . (ع ش) ^(٣) .

قوله : (وهو العدل الأمين) أي : فلا ولاية للقاضي غير العدل أو غير الأمين .

قوله : (فإن كان ماله ، أي : المحجور عليه الصبي أو المجنون .

قوله : (ببلد آخر) أي : غير بلد المحجور .

قوله : (فولي ماله قاضي بلد المال) أي : لا قاضي بلد المحجور .

قوله : (لكن بالنسبة لتصرفه فيه) أي : تصرف القاضي في مال المحجور .

قوله : (بالحفظ والتعهد) أي : لأن الولاية عليه ترتبط بماله .

قوله : (وبما يقتضيه الحال من الغبطة اللاثقة إذا أشرف على التلف) أي : كبيعته وإجارته ،

ومنه يعلم : أن المراد بـ (التلف) : الأعم من تلف العين وذهاب المنفعة وإن كانت العين باقية ،

فلو كان له عقار ببلد قاضي المال دون بلد الصبي . . أجره قاضي بلد ماله بالمصلحة ، ولا تصح

إجارته من قاضي بلد الصبي ؛ لأنه إنما يتصرف في محل ولايته ، وليس بلد المال منها . (ع ش) ^(٤) .

قوله : (أما بالنسبة للتجارة والاستملاء ونصب القيم) أي : على المال ، وهذا مقابل قوله :

(بالنسبة لتصرفه فيه بالحفظ . . .) إلخ .

قوله : (فذاك لقاضي بلد المحجور) أي : لأنه وليه في النكاح فكذا في المال ، وهذا نقله

(١) سنن الترمذي (١١٠٢) ، لمستدرک (١٦٩ / ٢) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٢) تحفة المحتاج (١٧٨ / ٥) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٣ / ٤ / ٤) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٣ / ٤ / ٤) .

ولو فُقد الولي.. فعلى المسلمين النظر في مال المحجور، فيلزمهم حفظه وتنميته. وأفتى ابن الصلاح: بأن لمن عنده مال يتيم لو سلمه لحاكم جائز

الأصل - أي : « الروضة » - عن الغزالي وأقره ، وجزم [به] البغوي والخوارزمي وغيرهما ، ورجحه ابن الرفعة وغيره ، قال الأذري : وعليه : فلقاضي بلده العدل الأمين أن يطلب من قاضي بلد ماله إحضاره إليه عند أمن الطريق وظهور المصلحة له فيه ؛ ليتجر له فيه ثم أو يشتري له به عقاراً ، ويجب على قاضي بلد المال إسعافه بذلك . انتهى « أسنى » و« مغني » و« نهاية »^(١) .

قوله : (ولو فقد الولي) أي : بأن لم يوجد أحد من الأولياء المذكورين .

قوله : (فعلى المسلمين النظر في مال المحجور) أي : كما نقلوه عن الجرجاني وأقروه ، قال في « الفتح » (ويؤخذ منه مع ما مر : أنه لو لم يوجد إلا قاض فاسق أو غير أمين .. كان الولاية للمسلمين ؛ أي : لصلحتهم)^(٢) .

قوله : (فيلزمهم) أي : المسلمين ؛ أي : لصلحتهم .

قوله : (حفظه وتنميته) أي : مال المحجور ، قال في « التحفة » : (وأخذ منه ومن مسائل أخرى : أن من خاف على مال غائب من جائر ولم يمكن أن يخلصه منه لا بالبيع .. جاز له بيعه ؛ لوجوب حفظه ، ومنه : بيعه إذا تعين طريقاً في خلاصه)^(٣) .

قوله : (وأفتى ابن الصلاح) هو الإمام الحافظ المتقن الفقيه المتقن : تقي الدين أبو عمرو عثمان بن صلاح الدين عبد الرحمن بن عثمان بن موسى الشهرزوري ثم الدمشقي ، ولد سنة سبع وسبعين وخمس مئة ، تولى دار الحديث الأشرفية ، وتوفي بها سنة ثلاث وأربعين وست مئة رحمه الله تعالى ونفعنا به .

قوله : (بأن لمن عنده مال يتيم) متعلق بـ (أفتى) .

قوله : (لو سلمه لحاكم جائز) أي : خان في ذلك المال ، فجواب (لو) محذوف وقد صرح بذلك في « الفتح »^(٤) ، ولعله سقط هنا من النسخ^(٥) .

(١) أسنى المطالب (٣٢٨/٤) ، مغني المحتاج (٢٢٦/٢) ، نهاية المحتاج (٣٧٤/٤)

(٢) فتح الجواد (٤٨١/١) .

(٣) تحفة المحتاج (١٧٩/٥) .

(٤) فتح الجواد (٤٨١/١) .

(٥) يمكن أن يقال : لم يحذف خبر (لو)، وإنما تصحفت كلمة (جاز) الآتية عن (خان) وصواب العبارة: (بأن لمن عنده مال يتيم لو سلمه لحاكم جائز .. خان التصرف فيه للضرورة) ، وكذا هي العبارة في « فتح الجواد » (٤٨١/١) .

جَازَ التَّصَرُّفُ فِيهِ لِلضَّرُورَةِ ؛ أَيُّ : إِنْ كَانَ عَدْلًا أَمِينًا . وَيَكْفِي فِي الْأَبِّ وَالْجَدِّ الْعَدَالَةُ الظَّاهِرَةُ ،

قوله : (جاز^(١) التصرف فيه ؛ للضرورة) قضية علته : وجوب دفعه لحاكم عدل أمين وُلِّي ،
وحينئذ لا ينقض ولا يتتع تصرفه في زمن الجائر على الأوجه ؛ لأنه كان ولياً شرعاً ، وما ثبت أنه
على خلاف الصواب باطل لا يحتاج لنقض . انتهى « فتح الجواد »^(٢) ، ومثله في « النهاية »^(٣) ،
قال (ع ش) : (ويصدق في ذلك - أي : التصرف - حيث يصدق الوصي والقيم بأن ادعى نفقة
لائقة ...) إلخ ما يأتي^(٤) .

قوله : (أي : إن كان عدلاً أميناً) تقييد لجواز تصرف من ذكر ، وتوقف الشرواني في اشتراط
العدالة هنا ومال إلى عدمه^(٥) ، وعلم مما تقرر : أنه لا ولاية للأُم ولا لسائر الأقارب .
نعم ؛ للعصبة منهم عند فقد الولي الخاص الإنفاق من مال المحجور في تأديبه وتعليمه ؛ لأنه
قليل فسمح به ، ذكره النووي في الصبي^(٦) ، ومثله المجنون الذي له نوع تمييز والسفيه ، قال في
« التحفة » : (وقضيته : ن له ذلك ولو مع وجود قاض ، وهو متجه إن خيف منه عليه ، بل في
هذه الحالة للعصبة وصلحاء بلده ، بل عليهم كما هو ظاهر تولي سائر التصرفات في ماله بالغبطة ؛
بأن يتفقوا على مرضي منهم يتولّى ذلك ولو بأجرة) انتهى^(٧) .

قوله : (ويكفي في الأب والجد ...) إلخ ، إشارة إلى شروط الولي .

قوله : (العدالة الظاهرة) أي : لو فور شفقتهما .

نعم ؛ لو طلبا من الحاكم أن يسجل لهما . احتاجا إلى البيئة بها على المعتمد ، ومعنى الاكتفاء
بالعدالة الظاهرة : جواز ترك الحاكم لهما على الولاية ، قال في « النهاية » : (فإن فسقا . نزع
الحاكم منهما [المال] كما ذكرناه في « باب الوصية » وينعزلان بالفسق في أوجه الوجهين ، وعليه :
لو فسق بعد البيع وقبل الزوم . لم يبطل البيع في الأصح ، ويثبت الخيار لمن بعده من
الأولياء)^(٨) .

(١) لعلها محرفة عن (خان) كما سبقت الإشارة إليه ، والله أعلم .

(٢) فتح الجواد (٤٨١ / ١) .

(٣) نهاية المحتاج (٣٧٤ / ٤) .

(٤) حاشية الشيرازي (٣ / ٥ / ٤) .

(٥) حاشية الشرواني (١٧٧ / ٥) .

(٦) المجموع (٢١ / ٧) .

(٧) تحفة المحتاج (١٧٧ / ٥) .

(٨) نهاية المحتاج (٣٧٣ / ٤) .

بخلاف الوصيِّ والقيِّم لا بُدَّ مِنْ ثبوتِ عدالتِهِمَا الْبَاطِنَةِ . (وَلَا يَتَصَرَّفُ الْوَلِيُّ فِي مَالِهِ) أَي :
 الْمَحْجُورِ (إِلَّا بِالْمَصْلَحَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ فَلَهُ إِمْسَاكُ مَعِيبِ
 أَشْتَرَاهُ إِذَا كَانَ فِيهِ غِبْطَةٌ ، وَيُلْزَمُهُ بَيْعُ مَتَاعِهِ

قوله : (بخلاف الوصي والقيم) الأول من أوصاء الأب أو الجد على الولد الصغير ، والثاني من
 نصبه الحاكم لولاية الأيتام .

قوله : (لا بد من ثبوت عدالتهما الباطنة) أي : مع عدم العداوة كما قاله في « الفتح »^(١) ولو
 باطنة على المعتمد . (ع ش)^(٢) .

قوله : (ولا يتصرف الولي) أي : أباً كان أو غيره .

قوله : (في ماله ؛ أي : المحجور) أي : من صغير أو مجنون أو سفیه .

قوله : (إلا بالمصلحة) أي : وجوباً ، وقضية كلامه كغيره : أن التصرف الذي لا خير فيه
 ولا شر ممنوع منه ؛ إذ لا مصلحة فيه ، وهو كذلك كما صرح به جمع . منهم : الشيخ أبو محمد
 الجويني والماوردي ، وأقره المتأخرون .

قوله : (لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾) أي : وقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ
 تَخَافُطُوهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ﴾ .

قوله : (فله) أي : يجوز للولي .

قوله : (إمساك معيب اشتراه) أي : لموليه .

قوله : (إذا كان فيه غبطة) أي : بخلاف ما إذا لم يكن في إمسাকে غبطة . . فلا يجوز إمسাকে ،
 بل يجب عليه رده ، قال في « النهاية » : (وللولي بذل بعض مال اليتيم وجوباً ؛ لتخليص الباقي
 عند الخوف عليه من استيلاء ظالم ؛ كما يستأنس [لذلك] بخرق الخضر السفينة)^(٣) ، قال (ع
 ش) : (لم يقل : ويستدل لذلك . . إلخ ؛ لأن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا وإن ورد في شرعنا
 ما يقرره)^(٤) .

قوله : (ويلزمه) أي : الولي .

قوله : (بيع متاعه) أي : المولى .

(١) فتح الجواد (٤٨٢ / ١) .

(٢) حاشية الشيراملسي (٣٧٤ / ٤) .

(٣) نهاية المحتاج (٣٧٥ / ٤) .

(٤) حاشية الشيراملسي (٣٧٥ / ٤) .

إِذَا طُلِبَ مِنْهُ لِمَصْلَحَةٍ ؛ كَأَنَّ طُلِبَ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ مِثْلِهِ ، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَيْهِ ، وَلَمْ يَكُنْ عَقَاراً تَكْفِيهِ غَلَّتُهُ ، فَلَا يَبِيعُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ وَلَا بِأَزِيدَ وَهَنَاكَ رَاغِبٌ بِزِيَادَةٍ . قَالَ الْمَاوَرْدِيُّ : وَيَجِبُ أَنْ يَجْتَهِدَ حَتَّى لَا يَتَوَقَّعَ زِيَادَةً أُخْرَى ، وَتَشْتَرِطُ الْمَصْلَحَةُ فِيهِ وَلَا ضَرُورَةٌ ، بِخِلَافِهِ لِمَصْلَحَةٍ وَإِنْ لَمْ تَنْتَهَ إِلَى الْغَبْطَةِ ؛ وَلَكِنْ أَلْبِيعَ بِزِيَادَةٍ عَلَى الْقِيَمَةِ لَهَا وَقَعٌ ،

قوله : (إذا طلب منه لمصلحة) أي : كما يلزمه الشراء له إذا وجد ما يشتري بمصلحة ولم يكن عرضة للتلف ولا مما يتيسر بيعه لقلّة الرغبة وإن وجد أحدهما رخيصاً ، ولكن لا يلزمه ذلك إلا إذا لم يرد شراؤه لنفسه ، وإلا . . . قدم نفسه كالبيع ؛ حذراً من رغبة النائب عن الولاية ، أفاده في « الفتح »^(١) .

قوله : (كأن طلب بأكثر من ثمن مثله) تصوير للمصلحة .

قوله : (ولم يحتج إليه) أي : إلى ذلك المتاع ، بخلاف ما احتاج المولى إليه فلا يجوز بيعه .

قوله : (ولم يكن عقاراً تكفيه غلته) أي : فإنه لا يجوز بيعه حيثنذ ، بل يندب شراء العقار له ، وهو أولى من التجارة عند حصول الكفاية من ريعه كما قاله الماوردي^(٢) ، ومحله : عند الأمن عليه من جور السلطان أو غيره ؛ أو خراب للعقار ولم يجد به ثقل خراج .

قوله : (فلا يبيع بثمن المثل ولا بأزيد) أي : من ثمن المثل .

قوله : (وهناك راغب بزيادة) أي : لأنه لا مصلحة حيثنذ .

قوله : (قال الماوردي : ويجب أن يجتهد) أي : الولي في بيع متاع المولى .

قوله : (حتى لا يتوقع زيادة أخرى) أي : فيبيعه حيثنذ ، ولو امتنع من بيعه لتوقع زيادة توقعاً قريباً فتلف المال . . . لم يضمن كما في « التحفة » وغيرها^(٣) ، ويأتي في زيادة راغب هنا في زمن الخيار ما مر في عدل الرهن من لزوم الفسخ والانفساخ بنفسه عند عدمه .

قوله : (وتشترط المصلحة فيه . . .) إلى قوله : (ولكن) كذا في نسخة هذا الكتاب ، ولم أفهم المراد منه ، فليحرج .

قوله : (ولكن البيع) لعله : (وهي) أي : الغبطة ؛ فإنه بيان لمعنى الغبطة المراد ، وهي في اللغة : حسن الحال كما في « المصباح » وغيره^(٤) .

(١) فتح الجواد (٤٨٣/١) .

(٢) الحاوي الكبير (٤٤٥/٦) .

(٣) تحفة المحتاج (١٨٠/٥) .

(٤) في الأصل : (حسن المال) ، ولعل الصواب ما أثبت ، انظر « المصباح المنير » ، مادة : (غبط) .

والمصلحة أعم لصديقها بنحو شراء متوقع الربح وبيع متوقع الخسران . (وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُ) ، وآنية قنيتها (إِلَّا لِحَاجَةٍ) كخوف خراب ، أو ثقل خراج ، أو كونه بغير بلد أليتم ، ويحتاج لمؤنة لها وقع لمن يوجهه حتى يجمع غلته ،

قوله : (والمصلحة أعم) أي : من الغبطة .

قوله : (ولا يبيع عقاره) أي : ولا يجوز بيع عقار المولى ، قال في « المصباح » : (العقار مثل سلام : كل ملك ثابت له أصل ؛ كالدار والنخل)^(١) وذلك لأنه أنفع وأسلم مما عداه .

قوله : (وآنية قنيتها) أي : الأواني المعدة للقنية من صفر وغيره . فقد نقل ابن الرفعة عن البندنجي أنها مثل العقار ، قال : وما عداهما لا يباع أيضاً إلا لغبطة أو حاجة ، لكن يجوز لحاجة يسيرة وربح قليل لا ثق ، بخلافهما .

قوله : (إلا لحاجة) [و] كبيع العقار إيجاراً ما يستحق منفعته مدة طيلة على خلاف العادة في إيجار مثله ، والمراد بـ (ما يستحق منفعته) : ما أوصي له به أو كان مستحقاً له بإجارة ، أما الموقوف عليه . . فينبغي الرجوع فيه لشرط الواقف . (ع ش)^(٢) .

قوله : (كخوف خراب) أي : لعقاره أو خوف ظالم عليه .

قوله : (أو ثقل خراج) مع قلة ريعه - بفتح الخاء - ويقال : الخرج بحذف الألف وسكون الراء ، وبهما قرئ في السبعة قوله تعالى : ﴿ فَهَلْ يَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا ﴾ ، قل البيضاوي : (وكلاهما واحد ؛ كالنول والنوال ، وقيل : الخراج على الأرض والذمة ، والخرج المصدر)^(٣) .

قوله : (أو كونه بغير بلد أليتم . .) إلخ ، نقله في « المغني » عن « البحر »^(٤) .

قوله : (ويحتاج لمؤنة لها وقع) أي : بالنسبة لما يحصله من الغلة . (ع ش)^(٥) .

قوله : (لمن يوجهه حتى يجمع غلته) أي : لمن يتوجه لإيجاره وقبض غلته ، وبحث في « التحفة » ضبط ذلك بأن تستغرق أجرة العقار أو قريباً منها ؛ بحيث لا يبقى منها إلا ما لا وقع له عرفاً^(٦) ، قال السيد عمر : (لا يخفى ما في هذا الضبط من المبالغة) .

(١) المصباح المنير ، مادة : (عقر) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٣٧٦/٤) .

(٣) تفسير البيضاوي (٦١٧/٢) .

(٤) مغني المحتاج (٢٢٧/٢) .

(٥) حاشية الشبراملسي (٣٧٦/٤) .

(٦) تحفة المحتاج (١٨٢/٥) .

ويشتري له ببلده مثله ، وأنَّ يحتاجَ لعمارةٍ أخرى ، أو لمؤنةٍ وليسَ له غيرهُ ، ولا تفي غلتهُ بنفقتِهِ وكسوتهِ (أو غبطةٍ ظاهرةٍ) بأن يُرغبَ فيه بأكثرَ من ثمنِ مثله وهو يجدُ مثله ببعضِ ذلك الثمنِ ، أو خيراً منه بكلِّه . وأفتى ألقمُّ : بجوازِ بيعِ ضيعتهِ

قوله : (ويشتري له ببلده مثله) أي : مثل ذلك العقار الذي بغير بلده أو يبيي له ببلده مثله .

قوله : (وكان يحتاج لعمارة أخرى) أي : من بقية أملاكه ، وهذا عطف على (كخوف خراب) .

قوله : (أو لمؤنة) عطف على العمارة .

قوله : (وليس له غيره) أي : ولم يجد من يقرضه ، أو لم ير المصلحة في القرض .

قوله : (ولا تفي غلته) أي : العقار .

قوله : (بنفقتِهِ وكسوتهِ) أي : ونحوهما .

قوله : (أو غبطة) أي : أو إلا لغبطة .

قوله : (ظاهرة) كذا في «المنهاج»^(١) ، قال شراحه : (إنه قيد زائد على «المحرر» وبقية كتب الشيخين)^(٢) .

قوله : (بأن يرغب فيه) أي : في العقار ؛ تصوير للغبطة الظاهرة

قوله : (بأكثر من ثمن مثله) أي : العقار ، قال الأسنوي : (ويظهر : جواز بيعه بثمان مثله ؛ دفعاً لرجوع الواهب إذا كان أصلاً له ، وفي دخوله في الغبطة [نظر]) ، قال الشهاب الرملي : (والظاهر : دخوله في الغبطة فإنها كما قاله الجوهري - أي : وغيره - : حسن الحال)^(٣) ، قال الإمام : وضابط تلك الزيادة : ألا يستهين بها العقلاء بالنسبة إلى شرف العقار)^(٤) .

قوله : (وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن) ينبغي كما قال بعضهم : أن يكون المراد : إمكان [الوجود] عادة من غير اشتراط الوجود ، نقله الجمل عن ابن قاسم^(٥) .

قوله : (أو خيراً منه بكله) أي : أو يجد خيراً من ذلك العقار بكل الثمن .

قوله : (وأفتى القفال) أي : الصغير ؛ لأنه المراد عند الإطلاق .

قوله : (بجواز بيع ضيعته) أي : المحجور ؛ وهي العقار ، والجمع : ضياع .

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٥٨) .

(٢) مغني المحتاج (٢/٢٢٧) .

(٣) في الأصل : (حسن المال) ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٤) حواشي الرملي على شرح أروض (٢/٢١١) .

(٥) فتوحات الوهاب (٣/٤٩) .



إِذَا خَرِبْتُ ، وَخَرَجْتُهَا يَسْتَأْصِلُ مَالَهُ وَإِنْ لَمْ يَسَاوِ إِلَّا دَرَاهِمًا . وَالنَّجْمُ الْبَالِسِيُّ : بِجَوَازِ بَيْعِ مَالِ تِجَارَتِهِ بِأَقْلٍ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ؛ لِيَشْتَرِيَ بِالْثَمَنِ مَا هُوَ مَظَنَّةُ الرِّيحِ

قوله : (إذا خربت وخرجتها يستأصل ماله) بل القياس : الوجوب ؛ لوجوب مراعاة المصلحة . (سم)^(١) .

قوله : (وإن لم يساو إلا درهماً) أي : لأن المصلحة فيه ، وأخذ منه الأذرعى : أن له بيع كل ما خيف هلاكه بدون ثمن مثله ؛ للضرورة ، وألحق بذلك ما لو غلب على ظنه غصبه لو بقي . انتهى « تحفة » و « نهاية »^(٢) ، ومثله كما قال (ع ش) : ما عمت به البلوى أن ما خرب من الأوقاف لا يعمر فتجاوز إجارة أرضه لمن يعمرها بأجرة وإن قلت الأجرة التي يأخذها وطالت مدة الإجارة ؛ حيث لم يوجد من يستأجر بزيادة عليها ، ثم بعد ذلك على الناظر صرفه في مصارفه الموقوف عليها ، تدبر^(٣) .

قوله : (والنجم البالسي) أي : وأفتى النجم البالسي ، فهو عطف على (القفال) ، وهو بكسر اللام وبالسين المهملة : نسبة إلى (بالس) اسم مدينة بين حلب والرقه ، وهذا البالسي هو : نجم الدين محمد بن عقيل بن أبي الحسن ، له « شرح التنبيه » و « مختصر المعين » و « مختصر الترمذي » ، وكان أحد أعلام أصحابنا الشافعية ، أخذ العلوم عن أئمة كبار ، مثل : الفخر ابن البخاري وابن دقيق العيد ، ولد سنة (٦٦٠) ، وتوفي رحمه الله تعالى سنة (٧٢٩) بمصر المحروسة .

قوله : (بجواز بيع مال تجارته) أي : المحجور عليه .

قوله : (بأقل من رأس ماله) متعلق بـ (بيع) .

قوله : (ليشتري بالثمن ما هو مظنة الريح) أي : لما مر أن المصلحة صادقة بهذا ، وبحث ابن السبكي جواز بيع ما لا يعد للقيمة ولم يحتج إليه بدون ربح وحاجة ؛ لأن بيعه بقيمته مصلحة ، وسكت عليه في « التحفة »^(٤) ، واستقره الشرواني^(٥) ، ومر عن ابن الرفعة ما يخالفه ، وهو الذي اعتمده الرمل^(٦) .

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٨٢/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (١٨٢/٥) ، نهاية المحتاج (٣٧٦/٤ - ٣٧٧) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٣٧٦/٤ - ٣٧٧) .

(٤) تحفة المحتاج (١٨٢/٥) .

(٥) حاشية الشرواني (١٨٢/٥) .

(٦) نهاية المحتاج (٣٧٧/٤) .

(وَلَهُ يَبِيعُ مَالَهُ بَعْرَضٍ مُّؤَجَّلًا لِمَصْلَحَةٍ ، وَإِذَا بَاعَ مُّؤَجَّلًا . . أَشْهَدَ وَأَخَذَ رَهْنًا) يَفِي بِالثَّمَنِ وَجَوَابًا ، وَيَجِبُ قَصْرُ الْأَجْلِ عُرْفًا بِثَمَنِ مِثْلِ الْمَبِيعِ إِلَى ذَلِكَ الْأَجْلِ ، وَيَسَارُ الْمُشْتَرِي ، وَأَمَانَتُهُ . (وَيَأْخُذُ لَهُ

قوله : (وله) أي : ويجوز للمولى أصلاً كان أو غيره .

قوله : (يبيع ماله) أي : المولى .

قوله : (بعرض مؤجلاً) ومن باب أولى بعرض فقط ، ومؤجلاً فقط .

قوله : (لمصلحة) أي : بحسب ما يراها الولي فيهما ؛ كأن يكون في الأول زيادة لائقة ، أو خاف عليه من نهب أو إغارة ، وفي الثاني ربح .

قوله : (وإذا باع مؤجلاً . . أشهد) أي : على البيع وجوباً .

قوله : (وأخذ رهناً يفي بالثمن وجوباً) أي : للاحتياط على المحجور ، وإنما لم يجب الارتهان في إقراض ماله إذا رأى الولي تركه ؛ لتمكنه من المطالبة أي وقت شاء ، بخلافه هنا فإنه قد يضيع ماله قبل الحلول .

نعم ؛ لا يلزم الأب والجد الارتهان من أنفسهما له ، والدين عليهما ؛ كأن باعا له لأنفسهما نسيئة ؛ لأنهما أمينان في حقه ، قيل : محل ذلك إذا كان مليئاً ، وإلا . . فهو مضيع ، ورد بأن لا حاجة للتقييد ؛ لما سيأتي : أن شرط البيع يسار المشتري ، تأمل .

قوله : (ويجب) أي : في بيع مال المولى مؤجلاً .

قوله : (قصر الأجل سرفاً) أي : بحسب عرف بلده ووقته .

قوله : (بثمن مثل المبيع إلى ذلك الأجل) أي : بأن يكون بزيادة لائقة به .

قوله : (ويسار المشتري) أي : عند العقد ، بل أو عند حلول الأجل ؛ بأن كان له جهة ظاهرة

كما استقر به السيد عمر البصري .

قوله : (وأمانته) أي : المشتري ، فإن ترك واحداً مما ذكر . . بطل البيع وكان ضامناً كما صححه السبكي ، خلافاً للإمام فيما إذا كان المشتري موسراً ، قال في « التحفة » : (نعم ؛ إن باعه لمضطر لا رهن معه . . جز ، وكذا لو تحقق تلفه وأنه لا يحفظ إلا ببيعه من معين بأدنى ثمن ؛ قياساً على ما مر عن القفال ، والأولى على ما قاله الصيدلاني : ألا يرتهن في البيع لنحو نهب إذا خشي على المرهون ؛ فإنه قد يرفعه لحنفي يضمه له)^(١) .

قوله : (ويأخذ له) أي : المولى .

بِالشُّفْعَةِ إِنْ كَانَ لَهُ فِيهَا مَصْلَحَةٌ) وَيَتْرَكُ إِنْ كَانَ فِي التَّرَكِّ مَصْلَحَةٌ ، أَوْ حَيْثُ لَا مَصْلَحَةَ فِي التَّرَكِّ وَلَا فِي الْأَخْذِ . (وَيُزَكِّي مَالَهُ) وَجُوباً إِنْ اقْتَضَى مَذْهَبُهُ ذَلِكَ ،

قوله : (بالشفعة ...) إلخ ؛ أي : وجوباً ، واعلم : أنهم قطعوا هنا بوجوب أخذه بالشفعة ، وحكوا وجهين فيما إذا بيع شيء بغبطة : هل يجب شراؤه أم لا ؟ والفرق بين المسألتين : أن الشفعة ثبتت ؛ ففي الإهمال تفويت ، والتفويت [ممتنع] ، بخلاف الشراء فإنه مجرد اكتساب ، تأمل^(١) .

قوله : (إن كان له فيها) أي : للمولى في الشفعة ؛ أي : أخذها .

قوله : (مصلحة) أي : لأن الولي مأمور بفعلها ، ولو أخذها الولي مع المصلحة فكمّل المحجور وأراد الرد ... لم يمكن .

قوله : (ويترك) أي : الولي أخذ الشفعة للمولى .

قوله : (إن كان في الترك مصلحة) أي : بلا خلاف ؛ كالأخذ المذكور .

قوله : (أو حيث لا مصلحة في الترك ولا في الأخذ) أي : فيحرم الأخذ حينئذ على الأوجه ، وهذا لا يفيد كلام المتن ، قال ابن الرفعة : (والنص يفهمه ، والآية تشهد له) يعني : قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ ، فإن تركها مع وجود الغبطة وكمل المحجور ... أخذها ؛ لأن ترك الولي حينئذ لم يدخل تحت ولايته فلا يفوت بتصرفه ، بخلاف ما إذا تركها لعدم الغبطة ولو في الأخذ والترك معاً كما تقرر ، ولو ادعى على غير الأصل ترك الأخذ مع المصلحة ... صدق بيمينه بلا بينة ، بخلاف الأصل فإنه المصدق بيمينه ؛ لانتفاء اتهامه .

قوله : (ويؤكّي ماله) أي : وبدنه .

قوله : (وجوباً) أي : وفوراً ؛ لأن الولي قائم مقام المولى .

قوله : (إن اقتضى مذهبه) أي : الولي .

قوله : (ذلك) أي : وجوب الزكاة ، قال في « التحفة » : (وافق مذهب المولى أم لا)^(٢) ، قال السيد عمر : (كيف يتصور في الصبي أن يكون له مذهب ؟ إلا أن يقال : با تمييز يصح التقليد وإن لم يصح الإسلام ، وأحسن منه أن يقال : محله في غير الصبي ممن بلغ سفيه ولم يثبت له رشد وفيمن جن ؛ فإن الظاهر : أن الجنون لا يبطل التقليد ، وقول « التحفة » : « حتّى يبلغ » يشعر بأن للصبي مذهباً) ، قال الشرواني : (ولا يبعد أن يقال : إن مذهب الصبي مذهب والده بالتبعية)^(٣) .

(١) انظر « نهاية المحتاج » (٣٧٩/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (١٨٤/٥) .

(٣) حاشية الشرواني (١٨٤/٥) .

وَالْأَحْوُطُ : أَنْ يَسْتَحْكَمَ شَافِعِيًّا فِيهَا حَتَّى لَا يَرْفَعَ الْمَوْلَى بَعْدَ رُشْدِهِ الْأَمْرَ إِلَى حَنْفِيٍّ يَغْرُمُهُ مَا أَخْرَجَهُ . (وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ) اللَّاتِي بِهِ يَسَاراً وَغَيْرُهُ ، وَيُلْزِمُهُ

قوله : (والأحوط) أي : كما نقله في « التحفة » عن فتوى القفال^(١) ، قال البجيرمي عن القليوبي : (سواء كانا شافعيين أو أحدهما شافعيًّا فقط)^(٢) .

قوله : (أن يستحكم شافعيًّا فيها) أي : في الزكاة ؛ بأن يرفع الأمر لقاض يرى وجوبها ليلزمه بها .

قوله : (حتى لا يرفع المولى) أي : الصبي والمجنون والسفيه .

قوله : (بعد رشده) أي : المولى .

قوله : (إلى حنفي يغرمه ما أخرجه) أي : من الزكاة لكونه لا يعتقد وجوب الزكاة على المولى المذكور ، وحيث لم يخرجها . أخبر المولى بها بعد كماله ؛ فقد بحث في « التحفة » أنه فيها مخير بين الإخراج وإن كان فيه خطر التضمين ، وبين الرفع إلى من يلزمه به أو بعده ، تأمل^(٣) .

قوله : (وينفق عليه) أي : على المولى من ماله وعلى ممونه ؛ أي : من يمونهم نفقة وكسوة وخدمة ، وغيرها .

قوله : (بالمعروف) أي : باعتبار ما جرت به العادة لمثله وإن زاد^(٤) على الحاجة وتعدد من نوع أو أنواع ، ومنه : ما يقع به من التوسعة في شهر رمضان والأعياد ونحوها من مطعم وملبس . (ع ش)^(٥) .

قوله : (اللاتق به يساراً وغيره) أي : فإن قصر . . أثم ، وإن أسرف . . ضمن وأثم ، قال بعضهم : (ويرجع في صفة ملبوسه إلى ملبوس أبيه) ، ومراده بـ (الصفة) : الهيئة لا الارتفاع والحسن ؛ فيلبس ولد الفقيه ما يناسبه ، وولد الجندي ما يناسبه . . . وهكذا ، وإلا . . ففيه نظر ؛ لما تقرر : أن المعتبر ما يقيق بيسار المولى ؛ فقد يكون موسراً وأبوه معسر وعكسه ، وقد يكون أبوه يزري بنفسه فلا يكلف الولد ذلك ، تدبر .

قوله : (ويلزمه) أي : الولي ، وقال العراقيون : يندب .

(١) تحفة المحتاج (١٨٤/٥) .

(٢) التجريد لنفع العبيد (٤٤٥/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (١٨٤/٥) .

(٤) في الأصل : (زادت) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٥) حاشية الشبراملسي (٣٨٠/٤) .

حَيْثُ أَمَكْنَ بِلَا مِبَالِغَةٍ تَنْمِيَةُ مَالِهِ بِقَدْرِ مُؤْنِهِ ، وَمُؤْنٍ مَمُونِهِ ، وَزَكَاةِ مَالِهِ ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « أَتَجَرُّوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى ؛ لَثَلَا تَأْكُلَهَا الصَّدَقَةُ » . (فَإِذَا ادَّعَى بَعْدَ بُلُوغِهِ) وَرَشْدِهِ . . .

قوله : (حيث أمكن) أي : ولو بالزراعة حيث رآها . بجيرمي^(١) .

قوله : (بلا مبالغة) أي : فإنها لا تلزمه ؛ كتقديمه على نفسه فليس عليه أن يشتري له إلا بعد استغنائه عن الشراء لنفسه .

قوله : (تنمية ماله) أي : المولى .

قوله : (بقدر مؤنه ومؤن ممونه وزكاة ماله) أي : فلو عجز عن ذلك . . نصب غيره عنه ولو بأجرة مثله من مال المحجور عليه ، أو رفع الأمر للحاكم ليفعل ما فيه المصلحة ، ولو ترك الولي التنمية مع القدرة عليه وصرف ماله في النفقة . . لم يضمن وإن قلنا بضمن ترك عمارة العقار حتى خرب ، والفرق بينهما : أن ترك العمارة يؤدي إلى فساد المال ، بخلاف ترك التنمية فإنه إنما يؤدي إلى عدم التحصيل وإن ترتب عليه ضياع المال في النفقة ، فليتأمل .

قوله : (لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم . .) إلخ ، دليل للزوم تنمية مال المحجور بقدر الزكاة ، وقيس بها المؤن

قوله : (« اتجروا في أموال اليتامى ؛ لثلا تأكلها الصدقة ») أي : الزكاة ، رواه الشافعي رضي الله تعالى عنه رسلاً بلفظ : « ابتغوا في أموال اليتامى ؛ لا تستهلكها الصدقة »^(٢) ، وفي رواية : « الزكاة »^(٣) ، وروي مسنداً بأسانيد ضعيفة ، وقد اعتضد بنول خمسة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم كما قاله أحمد ، رواه الدارقطني مرفوعاً بلفظ : (من ولي يتيماً له مال . . فليتجر فيه ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة »^(٤) .

قوله : (فإذا ادعى) أي : المولى ، قال (ع ش) : (الظاهر : أن انواو هنا أولى ؛ لأن هذا التفصيل لا يعلم مما قدمه) فليتأمل^(٥) .

قوله : (بعد بلوغه ورشده) أي : الصغير ، أو ادعى المجنون بعد فاقتة ورشده ، أو السفية بعد زوال تبذيره . شرواني^(٦) .

(١) التجريد لنفع العبيد (٤٤٢/٢) .

(٢) الأم (٦٩/٣) .

(٣) مسند الشافعي (ص ٢٨٣) .

(٤) سنن الدارقطني (١٠٩/٢) عن سيدنا عبد الله بن عمرو بن العاصي رضي الله عنهما .

(٥) حاشية الشبراملسي (٣٨١/٤) .

(٦) حاشية الشرواني (١٨٥/٥) .

(عَلَى الْأَبِ وَالْجَدِّ بَيْعاً بِغَيْرِ مَصْلَحَةٍ . . لَمْ يُصَدَّقْ) بل المصدق كلُّ منهما بيمينه في أنه تصرفَ بها لمزيد شفتيتهما ، ويصدق قاضٍ من غير يمين ؛ أي : إن كان

قوله : (على الأب والجدة بيعاً) أي : مثلاً لعقار أو غيره ، أو أخذ شفعة أو تركها ، قاله في « التحفة »^(١) .

قوله : (بغير مصلحة) أي : ولا بينة كما صرح به الرافعي^(٢) ، وحذفه المصنف كما في « المنهاج »^(٣) لوضوحه .

قوله : (لم يصدق) أي : المولى .

قوله : (بل المصدق كل منهما) أي : الأب والجدة .

قوله : (بيمينه في أنه تصرف بها) أي : المصلحة .

قوله : (لمزيد شفتيتهما) أي : الأب والجدة على ولدهما مع أنهما غير متهمين ، ومقتضى ذلك كما قال الأسنوي : قبول قول الأم إذا كانت وصية ، وكذا ما في معناها ؛ كأبائها وأمها ، وهو كذلك كما جزم به في « التحفة » وغيرها^(٤) .

قوله : (ويصدق قاضٍ) أي : فيما إذا ادعى عليه نحو البيع بلا مصلحة .

قوله : (من غير يمين) أي : إن كان في زمن حكمه كما قاله السبكي ، وتوقف فيما إذا كان معزولاً ، لكنه قال آخراً : (والذي يظهر لي الآن : أنه كسائر تصرفات الحاكم محمولة على السداد حتى يعلم فسادها ، فالحق : أنه لا فرق بين أن يكون باقياً على ولايته أو لا ، وأنه يقبل قوله ؛ لأنه حين تصرفه كان نائب الشرع) انتهى^(٥) ، واعتمده الشارح في كتبه كالخطيب^(٦) ، وخالفه الرملي فاعتمد : أن الدعوى على كالدعوى على الوصي والقيم الآتية ؛ أخذاً من مقتضى كلام « التنبيه » ووفقاً لاختيار التاج الفزاري^(٧) ، ونقل ابن قاسم عن الرملي قبول قوله بيمينه إن كان باقياً على ولايته لا إن كان معزولاً .

قوله : (أي إن كان) أي : القاضي ، وهذا تقييد لتصديق القاضي فيما ذكر

(١) تحفة المحتاج (١٨٥/٥) .

(٢) المحرر (ص ١٨١) .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٢٥٨) .

(٤) تحفة المحتاج (١٨٥/٥) .

(٥) انظر « حواشي الرملي على الروض » (٢١٢/٢) .

(٦) تحفة المحتاج (١٨٥/٥) ، مغني المحتاج (٢٣٠/٢) .

(٧) نهاية المحتاج (٣٨١/٤ - ٣٨٢) .

مشهور الأمانة ، والعفة ، وحسن السيرة (وَإِنْ أَدَّاهُ) أي : أبيع بلا مصلحة (عَلَى الْوَصِيِّ وَقِيمَ الْحَاكِمِ .. صُدِّقَ) المحجور (بِبَيْمِنِهِ) حيث لا بينة . وَمِنْ ثَمَّ لَا يَحْتَاجُ الْأَوَّلُ إِلَى ثُبُوتِهَا حَتَّى يَحْكُمَ الْحَاكِمُ بِصَحَّةِ التَّصَرُّفِ ،

قوله : (مشهور الأمانة والعفة وحسن السيرة) أي : وإلا .. كان كالوصي ، ويأتي آخر (الوصايا) : أن الثقة مثل الأصل ؛ أي : فيصدق بيمينه ، وإلا .. فكالوصي ، كذا في « التحفة »^(١) أي : فيصدق المولى بيمينه .

قوله : (وَإِنْ أَدَّاهُ ؛ أي : البيع بلا مصلحة) أي : أو أخذ الشفعة مثلا .

قوله : (على الوصي وقيم الحاكم) أي : منصوبه .

قوله : (صدق المحجور بيمينه) أي : لأنهما قد يتهمان ، قال في « المغني » : (وقيل : [يصدق] الولي مطلقاً ؛ لأن الأصل عدم الخيانة ، وقيل : لا يصدق مطلقاً ، بل لا بد من بينة ، وقيل : يصدق الأب والجد وغيرهما في غير العقار ؛ لأن العقار يحاط فيه ما لا يحاط في غيره)^(٢) ، قال كـ « النهاية » : (ودعواه على المشتري من الولي كدعواه على الولي ، فيقبل قوله عليه إن اشترى من غير الأب والجد - أي : والقاضي - لا إن اشترى منهما)^(٣) ، قال الحلبي : (وكذا على المشتري من المشتري ، وهكذا كل من وضع يده) نقله الجمل^(٤) .

قوله : (حيث لا بينة) أي : فلو أقام بينة .. صدق ، وهذا راجع للصورتين ، وعبرة « النهاية » و« المغني » : (ولو أقام من لم يقبل قوله من الولي والمحجور عليه بينة بما ادعاه .. حكم له بها ولو بعد الحلف كما في « المحرر ») انتهى^(٥) .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل عدم تصديق المحجور عليه في الصورة الأولى وتصديقه في الثانية .

قوله : (لا يحتاج الأول) أي : الأب والجد .

قوله : (إلى ثبوتها) أي : المصلحة .

قوله : (حتى يحكم الحاكم بصحة التصرف) أي : بل يحكم الحاكم بصحة تصرفهما لمال

(١) تحفة المحتاج (١٨٥/٥) .

(٢) مغني المحتاج (٢٣٠/٢) .

(٣) مغني المحتاج (٢٣٠/٢) ، نهاية المحتاج (٣٨١/٤) .

(٤) فتوحات الوهاب (٣٥٠/٣) .

(٥) نهاية المحتاج (٣٨١/٤) ، مغني المحتاج (٢٣٠/٢) .

بخلاف الآخرين ، وبحث الزركشي قبولهما أنهما تصرفا في مال التجارة بالمصلحة . . فيه نظر ، وكلامهم ياباه .

ولدهما إذا رفعاه إليه وإن لم يثبتا أن تصرفهما وقع بالمصلحة ؛ لأنهما غير متهمين في حق ولدهما . نعم ؛ يجب إثباتهما العدالة ؛ ليسجل لهما في الأصح ، والفرق : أن ذاك في جواز ترك الحاكم لهما على الولاية ، وهذا في طلبهما منه التسجيل ؛ لأنه يستدعي ثبوته عنده ، والثبوت يحتاج للتركية ، ونظير ذلك : أن الحاكم لا يمنع الشركاء من قسمة دار بأيديهم ولا يجيبهم إليها إلا بعد إقامة البينة بملكها لهم ؛ لأن القسمة تستدعي الحكم وهو يحتاج إلى البينة بالملك ، تأمل .

قوله : (بخلاف الآخرين) أي : الوصي وقيم الحاكم ، فلا يحكم الحاكم بصحة تصرفهما إلا بعد إقامتهما البينة بالمصلحة وبعدالتهما ، بقي أنه قد يقال : إن الحكم لا بد فيه من سبق دعوى ، وليس هنا كالذي قبله من بدعي عليهما حتى يكون ذلك طريقاً للحكم ، والجواب : أنه اكتفي برفع الولي من نفسه ليكون ذلك وسيلة لصرف الثمن الذي يدفعه في مصالح المحجور عليه من غير نزاع في المستقبل ، ويصور ذلك بما إذا ادعى عليه حصة بأنه أخذ مال محجوره وتصرف فيه لنفسه ، أفاده بعض المحققين .

قوله : (وبحث الزركشي) مبتدأ ، خبره جملة قوله : (فيه نظر . . .) إلخ .

قوله : (قبولهما) أي : الوصي والقيم بلا بينة .

قوله : (أنهما تصرفا في مال التجارة بالمصلحة) أي : لعسر الإشهاد عليهما فيه .

قوله : (فيه نظر وكلامهم ياباه) أي : هذا البحث ، كذا في « الفتح »^(١) ، ونقل عن الرملي أنه مال إلى التفصيل بين ما يعسر الإشهاد عليه ؛ كأن جلسا في حانوت لبيعا شيئا فشيئا . . فيقبل قولهما من غير إشهاد ؛ لعسره ، وبين ألا يعسر ؛ كما لو أرادا بيع مقدار كبير جملة بثمن . . فلا بد من الإشهاد . انتهى ، وأعله في غير « النهاية » إذ الذي رأيته فيها كـ « المغني » اعتماد البحث المذكور من غير تفصيل^(٢) ، ونقل في « التحفة » عن الزركشي كالبلقيني غير ذلك البحث ، وهو : قبول قول نحو الوصي في أن ما باع به ثمن المثل ؛ لأنه من صفات البيع ، فإذا ثبت أنه جائز البيع . . قبل قوله في صفته ؛ لأنه مدعي الصحة ، وأما المصلحة . . فهي السبب المسوغ للبيع فاحتاج لثبوتها كما يحتاج الوكيل لثبوت الركالة . انتهى^(٣) .

(١) فتح الجواد (٤٨٣/١) .

(٢) نهاية المحتاج (٣٨١/٤) ، مغني المحتاج (٢٣٠/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (١٨٥/٥) .

خَاتَمُهُ

نسأل الله حسنها

لا أجره للولي ولا نفقة في مال موليه ، فإن كان فقيراً وشغل بسببه عن الاكتساب . . أخذ الأقل من الأجرة والنفقة ؛ قال تعالى : ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ، وكالأكل غيره من بقية المؤمن ، وإنما خص بالذكر . . لأنه أعم وجوه الانتفاعات ، لهذا في غير الحاكم ، أما هو . . فليس له ذلك ؛ لعدم اختصاص ولايته بالمحجور عليه ، بخلاف غيره حتى أمينه ، وإذا أيسر . . لم يلزمه بدل ما أخذه ، قال في « التحفة » : (وللأب والجدة استخدام محجوره فيما لا يقابل بأجرة ولا يضر به على ذلك على الأوجه ، وإعارته لذلك ولخدمة من يتعلم منه ما ينفعه ديناً أو دنيا وإن قوبل بأجرة)^(١) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(بابُ الصُّلْحِ) وتوابعه

هُوَ لُغَةً : قَطْعُ النِّزَاعِ ، وَشُرْعاً : عَقْدٌ يَحْصُلُ بِهِ ذَلِكَ ، وَهُوَ أَنْوَاعٌ ، وَمَقْصُودُ الْبَابِ : صَلْحُ الْمَعَامِلَةِ ،

[بابُ الصُّلْحِ]

قوله : (باب الصلح) هو رخصة على المعتمد ؛ لأن الرخصة : هي الحكم المتغير إليه لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي ، ولا يشترط لتسميتها رخصة التغير بالفعل ، بل ورود الحكم على خلاف ما يقتضيه الأصول العامة كاف في كونه رخصة ؛ ففي « المنهاج » للبيضاوي : (الحكم إن ثبت على خلاف الدليل لعذر . . فرخصة ، وإلا . . فعزيمة)^(١) ، وبين الأسنوي في « شرحه » : (أن السلم والعرايا والإجارة والمساقاة وشبه ذلك من العقود رخصة بلا نزاع)^(٢) .

قوله : (وتوابعه) أي : كالتزام على الحقوق المشتركة وغيره مما ذكر في الفصل الآتي .
قوله : (هو لغة : قطع النزاع) أي : وكذا في العرف كما قاله الشيخ عميرة ، ولم يتعرض له الشارح كغيره ؛ لأنه لم يخالف اللغة في شيء .

قوله : (وشرعاً : عقد يحصل به ذلك) أي : قطع النزاع ، كذا قالوا ، وهو على خلاف الغالب من أن المنقول منه أعم من المنقول إليه ؛ فيكون المعنى الشرعي فرداً من أفراد اللغوي ، وهنا العقد الذي يحصل به قطع النزاع ليس فرداً من أفراد قطع النزاع ، فهما متباينان بحسب المفهوم وإن اتحدا بحسب التحقق والوجود ؛ فإن المكان الذي يتحقق فيه العقد يتحقق فيه قطع النزاع ولا عكس ، فبينهما عموم وخصوص بحسب التحقق ، وتباين بحسب المفهوم ، أفاده (ع ش)^(٣) .

قوله : (وهو) أي : الصلح .

قوله : (أنواع) أي : وهي صلح بين المسلمين والكفار وعقدوا له (باب الهدنة) و (الجزية) و (الأمان) ، و صلح بين الإمام والبيعة وعقدوا له (باب البغاة) ، و صلح بين الزوجين عند الشقاق وعقدوا له (باب القسم) و (النشوز) ، و صلح في المعاملات وعقدوا له هذا الباب كما قاله الشارح^(٤) .
قوله : (ومقصود الباب : صلح المعاملة) أي : الصلح في المعاملة ، والأصل في الصلح قبل

(١) انظر « الإبهاج في شرح المهاج » (٨١ / ١) .

(٢) نهاية السؤل (٧٦ / ١) .

(٣) حاشية الشبرايملي (٣١٢ / ٤) .

(٤) تحفة المحتاج (١٨٧ / ٥) .

ولفظه يتعدى للمتروك بـ (مِنْ) و (عَنْ) ، والمأخوذ بـ (على) و (أبناء) . وهذا إمّا صلح معاوضة أو صلح حطيطة ، فمن الأول : ما (إذا ادعى على شخص عينا أو ديناً)

الإجماع مع ما يأتي قوله تعالى : ﴿ وَالصَّلْحُ خَيْرٌ ﴾ ، قال شيخنا رحمه الله تعالى : (لأنه إن كان المراد به مطلق الصلح كما يدل عليه الإتيان بالاسم الظاهر دون الضمير . فالأمر ظاهر ، وإن كان المراد الصلح بين الزوجين كما يدل عليه السياق . . فغيره بالقياس عليه)^(١) ، وبهذا جزم الحافظ السيوطي في « شرح عقود الجمان »^(٢) .

قوله : (ولفظه) أي : الصلح .

قوله : (يتعدى للمتروك بمن وعن) أي : أو عن ، فالواو بمعنى : (أو) .

قوله : (والمأخوذ بعلى والباء) أي : ويتعدى للمأخوذ بعلى أو الباء ، فإذا قال : صالحتك من الدار أو عنها على ألف أو بألف . فالدار متروكة لدخول (من) أو (عن) عليها ، والألف مأخوذة لدخول (على) أو (الباء) عليها ، وهذا في الغالب ، وقد يعكس على خلافه ، ولذا قال بعضهم :

بالباء أو على يعدى الصلح لما أخذته فهذا نصح
ومن وعن أيضاً لما قد تركا في أغلب الأحوال ذا قد سلكا^(٣)

قوله : (وهذا) أي : صلح المعاملة .

قوله : (إما صلح معاوضة أو صلح حطيطة) أي : وكل منها إما أن يجري بين المتداعيين أو بين مدع وأجنبي ، وكل إما مع إقرار المدعى عليه أو إنكاره ، ثم هو يجري في عقود كثيرة ، ولذا قال بعضهم : إنه سيد الأحكام .

قوله : (فمن الأول) أي : صلح المعاوضة .

قوله : (ما إذا ادعى على شخص) أي : ادعى زيد على عمرو مثلاً ، ومن لطائف الشيخ الشرقاوي قوله : (وكذا جميع الأمثلة المدعى عليه عمرو ؛ لأنه سارق سرق واو داود)^(٤) .

قوله : (عينا أو ديناً) أي : أو منفعة ؛ ففي « الجمل » عن الحلبي : (والمراد بالعين المتروكة : ما يشمل منفعتها ، فلو ادعى عليه عينا مع منفعتها وصالحه عن ترك منفعتها للمدعى عليه

(١) إعانة الطالبين (٨٢ / ٣) .

(٢) شرح عقود الجمان (ص ٢١) .

(٣) انظر « إعانة الطالبين » (٨٢ / ٣) .

(٤) حاشية الشرقاوي (٦٥ / ٢) .

فَأَقْرَرُ لَهُ بِهِ (ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَى مَنْفَعَةٍ مُدَّةً مَعْلُومَةً) كَسُكِنَى دَارِهِ سَنَةً (. . . فَهُوَ إِجَارَةٌ) ، أَوْ عَلَى ثَوْبٍ . . . فَهُوَ بَيْعٌ ، وَيَلْزَمُ فِي الْأَوَّلِ جَمِيعُ أَحْكَامِ الْإِجَارَةِ ،

بشيء آخر . . . صح (١) ، وفي « التحفة » ما يفيد (٢) .

قوله : (فأقر له به) أي : أقر الشخص المدعى عليه للمدعي بما ذكر من العين أو الدين أو المنفعة .

قوله : (ثم صالحه على منفعة) أي : لتلك العين بثوب مثلاً لغريمه أو لغيرها بها أو بمنفعتها ؛ كأن يقول المدعي لغريمه المقر : صالحتك عن منفعة هذا الذي أقررت لي به سنة بثوبك ، أو أجرتك هذا الذي أقررت . . . إلخ .

قوله : (كسكنى داره سنة) أي : كأن يقول المدعى عليه المقر : صالحتك عن هذا الذي أقررت به لك أو عن منفعته سنة بسكنى داري هذه سنة ، أو أجرتك هذه الدار سنة بهذا الذي أقررت به لك أو بمنفعته سنة . شرواني (٣) .

قوله : (فهو إجارة) أي : للعين المدعاة بغيرها من المدعي لغريمه أو لغيرها بها أو بمنفعتها من غريمه له ، قاله في « التحفة » (٤) .

قوله : (أو على ثوب) أي : أو صالحه على ثوب ؛ كما إذا ادعى عليه داراً فأقر له بها وصالحه عنها على ثوب معين .

قوله : (فهو بيع) أي : للعين المدعاة التي هي الدار في المثال من المدعي للمدعى عليه بذلك الثوب .

قوله : (ويلزم في الأول) أي : يثبت فيه .

قوله : (جميع أحكام الإجارة) أي : الآتية في بابها ؛ لأن حدها يصدق عليه ، قال في « النهاية » : (أما لو صالح على منفعة العين المدعاة . . . فهو إجارة تثبت أحكامها ؛ فإن عين مدة . . . إجارة مؤقتة ، وإلا . . . فمطلقة) (٥) ، قال في « الفتح » : (ولا يسمى هذا صلح معاوضة) (٦) .

(١) فتوحات الوهاب (٣/٣٥٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٥/١٩٠) .

(٣) حاشية الشرواني (٥/١٨٩) .

(٤) تحفة المحتاج (٥/١٨٩) .

(٥) نهاية المحتاج (٤/٣٨٤) .

(٦) فتح الجواد (١/٤٨٥) .

وفي الثاني جميع أحكام البيع . (أو) صالحه (على بعض العين المدعاة . . فهو هبة لبعضها)
فيثبت فيها أحكام الهبة

قوله : (وفي الثاني) أي : ويلزم في الثاني ؛ أي : يثبت فيه .

قوله : (جميع أحكام البيع) أي : السابقة في بابه ؛ لأن حد البيع صادق عليه ، ولو قال المقر : صالحتك عن هذا الذي أقررت به بثوب صفته كذا في ذمتي ، أو قال له المقر له : صالحتك عن هذا الذي أقررت لي به بثوب صفته كذا في ذمتك . . فهو سلم كما حزم به جمع من المحققين وإن لم يذكر لفظ السلم ، والفرق بينه وبين (بعثك ثوباً صفته كذا بهذا) فإنه بيع لا سلم عند الشيخين^(١) : أن البيع حيث أطلق إنما ينصرف لمقابل السلم ؛ لاختلاف أحكامهما فالبيع لا يخرج عن موضوعه لغيره ، فإذا نافي لفظه معناه . . غلب لفظه ؛ لأنه الأقوى . بخلاف لفظ الصلح فإنه موضوع شرعاً لعقود متعددة بحسب المعنى لا غير ، وليس له موضوع خاص ينصرف إليه لفظه حتى يغلب فيه ، فتعين فيه تحكيم المعنى لا غير ؛ فحيث كان المصالح به ديناً . . فقد ناسب السلم ؛ لأنه يقتضي الدينية فجعل عقد سلم وإن لم يذكر ، وإنما لم يجعل كذلك فيما إذا كان المصالح به نقداً في الذمة ؛ لأن الغالب فيه ألا يكون مسلماً فيه ، بل ثمناً فجعل عقد [بيع] ، فتأمل لتعلم به اندفاع ما لجمع هنا^(٢) .

قوله : (أو صالحه على بعض العين المدعاة) أي : كنصفها ؛ كأن يقول : وهبتك نصفها وصالحتك على الباقي ، وأما لو قال : وهبتك نصفها على أن تعطيني النصف الآخر . . فهو فاسد كنظيره من الإبراء كما نقل عن السبكي .

قوله : (فهو هبة لبعضها) أي : الباقي للمدعى عليه .

قوله : (فيثبت فيها) أي : البعض المتروك ، فالأنسب (فيه) كما عبر به في « التحفة »^(٣) .

قوله : (أحكام الهبة) أي : المقررة في بابها من اشتراط القبول وغيره ؛ لصدق حدها على ذلك ، قال في « النهاية » : (فتصح في البعض المتروك بلفظ الهبة والتدليك وشبههما)^(٤) ، قال (ع ش) : (قضيته : أنه لو اقتصر على قوله : صالحتك من هذه الدار على نصفها . لا يكون هبة

(١) الشرح الكبير (٣٩٥/٤) ، روضة الطالبين (٦/٤) .

(٢) انظر « حاشية الشرييني على الغرر » (٣٦٧/٥) ، و « تحفة المحتاج » (١٨٩/٥) ، و « حاشية قليوبي » (٣٠٧/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (١٨٩/٥) .

(٤) نهاية المحتاج (٣٨٤/٤) .

(أَوْ) صَالِحُهُ (عَلَى بَعْضِ الدَّيْنِ الْمُدَّعَى) بِهِ (. . . فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ) فَيُثَبِّتُ فِيهِ أَحْكَامُ الْإِبْرَاءِ ، وَيَصِحُّ هَذَا الْإِبْرَاءُ كَبَقِيَةِ الْأَقْسَامِ السَّابِقَةِ بِلَفْظِ الصَّلْحِ ؛ لِأَنَّ خَاصِيَّتَهُ - وَهِيَ سَبْقُ الْخُصُومَةِ - . . .

لباقيها ، وهو غير مراد ؛ فَإِنَّ الصِّيغَةَ تَقْتَضِي أَنَّهُ رَضِيَ مِنْهَا بَعْضُهَا وَتَرَكَ بَاقِيَهَا ^(١) ، وَسَيَأْتِي مَا يَصْرَحُ بِهِ .

قوله : (أَوْ صَالِحُهُ عَلَى بَعْضِ الدَّيْنِ الْمُدَّعَى بِهِ) أَي : كَقَوْلِهِ : صَالِحَتُكَ عَلَى الْأَلْفِ الَّذِي لِي عَلَيْكَ عَلَى خَمْسِ مِئَةٍ .

قوله : (فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ) أَي : الدَّيْنِ ؛ وَهُوَ خَمْسُ مِئَةٍ فِي الْمَثَالِ ، وَهَذَا وَالَّذِي قَبْلَهُ يُسَمِّيَانِ صَلْحَ الْحَطِيطَةِ .

قوله : (فَيُثَبِّتُ فِيهِ أَحْكَامُ الْإِبْرَاءِ) أَي : لَصَدَقَ حَدُّ الْإِبْرَاءِ عَلَيْهِ ، وَيَصِحُّ بِلَفْظِ : الْإِبْرَاءِ وَالْحَطِّ وَالْإِسْقَاطِ وَالْوَضْعِ وَنَحْوِهَا ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ : صَحَّةُ الصَّلْحِ مِنَ الدَّيْنِ عَلَى بَعْضِهِ وَإِنْ كَانَ مَعْنَى ؛ كَأَنَّ صَالِحًا مِنْ أَلْفٍ عَلَى خَمْسِ مِئَةٍ مَعِينَةً ، وَهُوَ الْمَعْتَمَدُ ؛ نَظَرًا لِمَعْنَى فَإِنَّ الصَّلْحَ مِنَ الْأَلْفِ عَلَى بَعْضِهِ إِبْرَاءٌ لِلْبَعْضِ وَاسْتِيفَاءٌ لِلْبَاقِي فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَعِينِ وَغَيْرِهِ .

قوله : (وَيَصِحُّ هَذَا الْإِبْرَاءُ) أَي : الصَّلْحُ مِنْ دَيْنٍ عَلَى بَعْضِهِ .

قوله : (كَبَقِيَةِ الْأَقْسَامِ السَّابِقَةِ) أَي : مِنْ صَلْحِ الْإِجَارَةِ ، وَصَلْحِ الْبَيْعِ ، وَصَلْحِ السَّلَمِ ، وَصَلْحِ الْهَبَةِ ، وَصَلْحِ الْعَارِيَةِ ، وَكَذَلِكَ صَلْحُ الْجَعَالَةِ ؛ كَصَالِحَتِكَ مِنْ كَذَا عَلَى رَدِّ عِبْدِي ، وَالْخَلْعِ ؛ كَصَالِحَتِكَ مِنْ كَذَا عَلَى أَنْ تُطَلِّقَنِي طَلْقَةً ، وَالْمَعَاوِضَةَ عَنْ دَمِ الْعَمَدِ ؛ كَصَالِحَتِكَ مِنْ كَذَا عَلَى مَا تَسْتَحِقُّهُ عَلَيَّ أَوْ عَنِّي مَا أَسْتَحِقُّهُ عَلَيْكَ مِنَ الْقَصَاصِ ، وَالْفِدَاءِ ؛ كَقَوْلِهِ لِلْحَرْبِيِّ : صَالِحَتِكَ عَنْ كَذَا عَلَى إِطْلَاقِ هَذَا الْأَسِيرِ ، وَالْفَسْخِ ؛ كَأَنَّ صَالِحًا عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ عَلَى رَأْسِ الْمَالِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا هُوَ مَذْكُورٌ فِي الْمَطُولَاتِ .

قوله : (بِلَفْظِ الصَّلْحِ) أَي : وَحْدَهُ ؛ كَصَالِحَتِكَ مِنْهُ عَلَى نَفْسِهِ ، لَكِنْ يَشْتَرِطُ هُنَا الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَقْتَضِيهِ بَوَاضِعُهُ وَرِعَايَتُهُ فِي الْعُقُودِ أَكْثَرَ مِنْ رِعَايَةِ مَعْنَاهَا ، وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ كَمَا سَيَأْتِي .

قوله : (لِأَنَّ خَاصِيَّتَهُ) أَي : الصَّلْحُ الَّتِي يَفْتَقِرُ إِلَيْهَا لَفْظُهُ .

قوله : (وَهِيَ) أَي : الْخَاصِيَّةُ .

قوله : (سَبْقُ الْخُصُومَةِ) أَي : وَلَوْ عِنْدَ غَيْرِ قَاضٍ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْأَسْنَوِيُّ وَغَيْرُهُ ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاطَ كَوْنِهَا عِنْدَهُ لَا مَعْنَى لَهُ هُنَا ؛ فَإِنَّ اشْتِرَاطَ سَبْقِ الْخُصُومَةِ إِنَّمَا هُوَ لِيُوجِدَ مَسْمَى الصَّلْحِ عَرَفًا وَذَلِكَ لَا يَتَّقِيدُ بِالْدَعْوَى عِنْدَهُ .

قَدْ وَجَدْتُ . (وَ) مِنْ ثَمَّ (لَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ : صَالِحْنِي عَنْ دَارِكَ بِكَذَا . . . فَهُوَ بَاطِلٌ إِلَّا إِذَا نَوَّيَا بِهِ الْبَيْعَ) . . . فَصَحِيحٌ وَإِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْهُ خُصُومَةٌ ؛ لِأَنَّهُ كُنَايَةٌ فِي الْبَيْعِ

قوله : (قد وجدت) أي : الخاصة خبر (أن) ، ويحمل ذلك على الإبراء ؛ تنزيلاً للفظ الصلح في كل موضع على ما يليق ؛ كلفظ التملك وغيره .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل أن خاصية الصلح سبق الخصومة .

قوله : (لو قال) أي : زيد لعمره .

قوله : (من غير سبق خصومة) أي : بينهما قال الجمل : (المراد بها هنا : الدعوى)^(١) .

قوله : (صالحني عن دارك بكذا) أي : فأجابه ، وخرج بذلك : ما لو قال لغريمه بلا خصومة :

أبرئني من دينك علي ؛ بأن قاله استيجاباً لطلب البراءة فأبرأه جاز . (سم) عن « العباب » .

قوله : (فهو باطل) أي : في الأصح كما في « المنهاج »^(٢) ، والثاني : يصح ؛ لأنه معاوضة فلم يشترط فيه ذلك قياساً على البيع .

قوله : (إلا إذا نويا به) أي : بلفظ : (صالحني عن دارك . . .) إلخ .

قوله : (البيع) أي : أو غيره مما يستعمل فيه لفظ الصلح من الإجارة وغيرها كما بحثه (ع ش)^(٣) ، ولعل المصنف إنما اقتصر على البيع ؛ لأنه المصرح به في كلام الشيخين ، ولأنه الظاهر من قوله : (صالحني عن دارك بكذا) .

قوله : (فصحيح) أي : فهو بيع صحيح .

قوله : (وإن لم يتقدمه خصومة) أي : إذ لا حاجة في البيع إليها .

قوله : (لأنه) أي : اللفظ المذكور .

قوله : (كناية في البيع) أي : بلا شك كما قاله الشيخان^(٤) ، وما زعمه ابن الرفعة من أن اللفظ مناف للمعنى مردود ؛ لأن لفظ الصلح لا ينافي البيع ، وإنما لم يصح به من غير نية ؛ لفقد شرطه المذكور الذي هو سبق الخصومة ، قال في « التحفة » : (وبه فارق : « وهبتك بعشرة » بناء على الضعيف : أن النظر للفظ ؛ لأن لفظ الهبة ينافي البيع)^(٥) أي : فاستعمل اللفظ فيها في غير معناه

(١) فتوحات الوهاب (٣ / ٣٥١) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٢٥٩) .

(٣) حاشية الشيرازي (٤ / ٣٨٤) .

(٤) الشرح الكبير (٥ / ٨٧) ، روضة الطالبين (٤ / ١٩٤) .

(٥) تحفة المحتاج (٥ / ١٩٠) .

ويصح كسائر أقسامه بلفظ البيع إلا صلح الحطيطة بقسميه ، وهما : الصلح على بعض العين ، أو الدّين . (ولا يصح الصلح) حيث لا حجة للمدعي (مع الإنكار)

بالكلية ، وفي (صالحني) استعمله في معناه ، لكن بدون شرطه ، تأمل .

قوله : (ويصح كسائر أقسامه) أي : الصلح السابقة .

قوله : (بلفظ البيع) أي : لما تقرر من انطباق حد البيع عليه ، وقضية كلامه هنا : أنه يصح صلح الإجارة بلفظ البيع أيضاً ، لكن رأيت في « حاشية الروض » عند قوله : (فهو إجارة) ما نصه : (فيصح بلفظها ولفظ الصلح لا البيع) انتهى^(١) .

قوله : (إلا صلح الحطيطة بقسميه) أي : المذكورين في المتن ، واستثني أيضاً صلح القصاص في نفس أو دونها ، وصلح الكفار عن الكف عن دمائهم وأموالهم بشيء يأخذه منهم فإنهما لا يصحان بلفظ البيع ؛ إذ لا دخل له فيهما .

قوله : (وهما : الصلح على بعض العين أو الدين) أي : فإنه لا يصح بلفظ البيع ؛ كأن يقول : بعثك نصفها وصالحتك على نصفها ، قال في « التحفة » : (لعدم الثمن ؛ لأن العين كلها ملك المقر^(٢) له ، فإذا باعها ببعضها . فقد باع ملكه بملكه والشيء ببعضه ، وهو محال^(٣)) ، ومثله يقال في توجيه الدين .

قوله : (ولا يصح الصلح ...) إلخ ، خلافاً للأئمة الثلاثة .

قوله : (حيث لا حجة للمدعي) أي : على المدعي عليه المنكر ، أما إذا كانت له حجة ؛ كينة - أي : ويمين مردودة - فيصح ، لكن بعد تعديلها وإن لم يحكم بالملك على الأوجه ، ولا نظر إلى أن له سبيلاً إلى الطعن ؛ لأن له ذلك حتى بعد القضاء بالملك أيضاً على المعتمد . « تحفة »^(٤) .

قوله : (مع الإنكار) أي : إنكار المدعي عليه ، ولو قال : صالحني عن العين التي تدعيها أو الدين الذي تدعيه . لم يكن مقراً ؛ لأنه يحتمل أن يريد قطع الخصومة فالصلح بعده صلح على إنكار ، ولو اختلفا : هل اصطلاحاً عن إقرار أو إنكار . صدق المنكر بيمينه ؛ لأن الأصل عدم الصحة .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٢١٥ / ٢) .

(٢) في الأصل : (المقر له) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) تحفة المحتاج (٩٠ / ٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٩٣ / ٥) .

أو سكوت من المدعى عليه ولو في صلح الحطيطة ؛ لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً ، أو حرّم حلالاً »

قوله : (أو سكوت من المدعى عليه) أي : كأن ادعى عليه شيئاً فسكت .

قوله : (ولو في صلح الحطيطة) أي : فلا فرق على الأصح بين أن يجري على غير المدعى من عين أو دين أو منفعة أم على نفس المدعى به أو بعضه ؛ كأن يصلحه من الدار على نصفها ، والقول بصحته على البعض ؛ لاتفاقهما على أنه مستحق للمدعي ، ولكنهما مختلفان في جهة الاستحقاق ؛ فالمدعي يزعم استحقاق الكل وأنه وهب النصف للمدعى عليه ، وهو بعكس ذلك . . مردود بأنه إذا اختلف الدافع والقابض في الجهة . . فالقول قول الدافع ، وهو يقول : إنما بذلت البعض لدفع الأذى ؛ لثلا يرفعني إلى قاض وقيم علي شهود زور ، والبذل لهذه الجهة باطل ، تأمل .

قوله : (لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم . . .) إلخ ، دليل على عدم صحة الصلح مع الإنكار ، وسيأتي بيانه ، والحديث رواه ابن حبان وصححه ^(١) .

قوله : (« الصلح جائز ») أي : صحيح وحلال ، قاله الشرقاوي ^(٢) .

قوله : (« بين المسلمين ») مثلهم الكفار ، وإنما خص المسلمون بالذكر ؛ لانقيادهم إلى الأحكام غالباً .

قوله : (« إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ») أي : فإنه غير جائز ؛ بمعنى : أنه حرام غير صحيح ، ووجه الدلالة من هذا الحديث على عدم الصحة مع الإنكار : أن المدعي إن كذب . . فقد استحل مال المدعى عليه الذي هو حرام عليه ، وإن صدق . . فقد حرم على نفسه ماله الذي هو حلال له ؛ أي : بصورة عقد ، فلا يقال : للإنسان ترك بعض حقه ، وقد علم من الخبر امتناع كل صلح هو كذلك ؛ كأن يصلح على نحو خمر : فهذا أحل الحرام ، وكأن يصلح زوجته على ألا يطلقها : فهذا حرم الحلال ، وقد اتفقوا على أن الخبر يشمل هذين ، وهما على وزان ما قلنا في صلح الإنكار .
والحاصل : أنه لا يمكن تصحيح التملك مع الإنكار ؛ لاستلزامه أن يملك المدعي ما لا يملكه أو المدعى عليه ما يملكه .

قال في « النهاية » : (ولا ينافي ذلك خبر أبي داود : أنه صلى الله عليه وسلم قال لرجلين اختصما في مواريث ولا بينة لهما : « اقتسما ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليحلل كل منكما » ^(٣))

(١) صحيح ابن حبان (٥٠٩١) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) حاشية الشرقاوي (٦٤/٢) .

(٣) في الأصل : (منهما) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

نَعَمْ ؛ لِلْمُدَّعِي الْمَحَقُّ أَنْ يَأْخُذَ مَا بَدَلَ لَهُ فِي صَلَاحِ الْإِنْكَارِ .
(فَضْلٌ)

(لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي الشَّارِعِ)

صاحبه «^(١) لأنه قسمها بينهما بحكم كونها في يدهما ولا مرجح ، وأما التحليل مع الجهل .. فمن باب الورع ؛ لأنه أقصى ما يمكن حينئذ ، بخلاف ، جهل ما يمكن استكشافه (تأمل ^(٢)) .
قوله : (نعم ؛ للمدعي المحق ...) إلخ ؛ أي : يحل له فيما بينه وبين الله تعالى .
قوله : (أن يأخذ ما بدل له في صلح الإنكار) أي : كما نقلوه عن الماوردي وأقروه ، قال في « الفتح » : (ثم إن وقع بغير مدعى به .. كان ظافراً فيفعل فيه ما في الظفر ، وقضية هذا بل صريحه : عدم صحة الصلح مع الإنكار وإن فرض صدق المدعي ، ولا ينفيه أن العبرة في العقود بما في نفس الأمر ؛ لأن وجود الإقرار شرط في حقيقة كونه صلحاً ، وعند صدق المدعي باطناً وإنكار المدعى عليه لم يوجد ، وبهذا يتضح قول الماوردي خلافاً لمن نازع فيه حيث لا بينة للمدعي ، والإقرار بعد الصلح على الإنكار لا يقبله صحيحاً ، والفرق بين هذا وبيع مال مورثه مع ظن حياته فإن موته : أن الشرط وهو الملك موجود ثم في نفس الأمر ، بخلافه هنا ^(٣)) أي : فإن الشرط غير موجود حال وجود الصلح ، ولذا لم ينظر لما في نفس الأمر ؛ لأنه لا مملك إلا الصلح ، وهو لا يمكن صحته إلا إن سبقه إقرار أو نحوه ، تدبر ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل) أي : في بيان التزام على الحقوق المشتركة وما يذكر معه ؛ كجواز الاستناد إلى جدار الغير ، وعدم إجبار الشريك على العمارة ... إلخ ، وإنما ذكروا ذلك هنا ؛ لأنه قد يتوقف على الصلح .

قوله : (لا يجوز التصرف في الشارع) أي : الطريق النافذ كما عبر به في « المنهاج » وغيره ^(٤) ، وبينه وبين الطريق عموم مطلق ؛ لأن الطريق عام في الصحاري والبيانات والنافذ وغيره ، والشارع خاص بالبيانات وبالنافذ ، وقول بعضهم : بينهما عموم من وجه ؛ لاجتماعهما في نافذ في البيانات ، وانفراد الشارع في نافذ في البيانات ، والطريق في نافذ في الصحراء ، أو غير نافذ في

(١) سنن أبي داود (٣٥٨٣) عن سيدتنا أم سلمة رضي الله عنها .

(٢) نهاية المحتاج (٣٨٧/٤) .

(٣) فتح الجواد (٤٨٧/١) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٢٦٠) .

بِمَا يَضُرُّ (بفتح ألياء ، فَإِنْ عُدِّي بِالْبَاءِ .. ضُمَّ أَوَّلُهُ (الْمَارِّينَ) كبناء جَنَاح ، أَوْ رَوْشَن ، أَوْ سَابَاطٍ تَظْلِمُ الْمَوَاضِعَ ؟)

البيان .. غير صحيح كما قاله في « النهاية »^(١) ؛ لأن الصورة التي ذكرها [لأنفراد الشارع] هي صورة اجتماعهما ، فكيف جعلها للأنفراد تارة والاجتماع أخرى ؟! تدبر .

قوله : (بما يضر ..) (إلخ ؛ أي : وإن لم يبطل المرور ، فتعبيره بذلك أولى من تعبير بعضهم بـ (ما يبطل المرور)^(٢) لأن كل ما أبطل ضر ، بخلاف العكس .

قوله : (بفتح الياء) أي : وضم الضاد من (ضر) الثلاثي .

قوله : (فَإِنْ عُدِّي بِالْبَاءِ .. ضُمَّ أَوَّلُهُ) أي : وكسر ثانيه من (أضر) الرباعي ، فيتعدى بنفسه ثلاثياً ، وبالباء رباعياً ، فهو من النواذر .

قوله : (المارين) أي : جنسهم مفعول (يضر) ، وذكر في « التحفة » : (أن الضرر المنفي ما لا يصبر عليه مما لم يعتد لا مطلقاً)^(٣) ، ومفهومه : عدم اعتبار ما لا يصبر مما اعتد ، وهو غير مراد كما بحثه (ع ش) ، فيضر ؛ لأن عدم الصبر عليه عادة يدل على أن المشقة فيه قوية ، فليتأمل^(٤) .

قوله : (كبناء جناح أَوْ رَوْشَن) كذا في « الفتح » بـ (أَوْ)^(٥) ، والذي في « التحفة » وغيرها ؛ أي : رَوْشَن^(٦) ، ولعله الأصوب ؛ فَإِنْ المراد به هنا : ما بينه صاحب الجدار في الشارع ولا يصل به إلى الجدار المقابل له سواء كان من خشب أو حجر ، وفي « القاموس » : (الجناح : الروشن)^(٧) ، قال في « التحفة » : (سمي - أي : الروشن - به - أي : الجناح - تشبيهاً له بجناح الطائر)^(٨) .

قوله : (أَوْ سَابَاطٍ) هو سقيفة بين حائطين والطريق بينهما ، وجمعه : سوابيط وساباطات .

قوله : (تظلم المواضع) أي : التي تحتها ، ومن ذلك : ما لو اكتنف الشارع داراه^(٩) فحفر

(١) نهاية المحتاج (٣٩٢ / ٤) .

(٢) انظر « المحرر » (ص ١٨٣) .

(٣) تحفة المحتاج (١٩٨ / ٥) .

(٤) حاشية الشبرايملي (٣٩٢ / ٤) .

(٥) فتح الجواد (٤٨٨ / ١) .

(٦) تحفة المحتاج (١٩٨ / ٥) .

(٧) القاموس المحيط (٤٤٨ / ١) ، مادة : (جنح) .

(٨) تحفة المحتاج (١٩٨ / ٥) .

(٩) في الأصل : (داره) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

أَوْ تَمَسَّ مَحْمَلُ الْبَعِيرِ فِي مَمَرِ الْقَوَافِلِ ، أَوْ مَا عَلَى رَأْسِ الْمَاشِي مِنَ الْحُمُولَةِ - بَضْمُ الْحَاءِ - الْعَالِيَةِ فِي مَمَرِ الْمَشَاةِ ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ :

سرداباً تحت الطريق من إحداهما إلى الأخرى : فإن ضرر . . منع منه ، وإلا . . فلا ؛ إذ الانتفاع بباطن الطريق كهو بظاهرها . « تحفة » (١) .

قوله : (أَوْ تَمَسَّ مَحْمَلُ الْبَعِيرِ) أي : مع كنيسته ، وهي المسماة بالمحارة أو الشقذف .
قوله : (فِي مَمَرِ الْقَوَافِلِ) أي : أَوْ الْفَرَسَانِ ؛ لِأَن ذَلِكْ وَإِنْ كَانَ نَادِرًا قَدْ يَتَّفَقُ ، وَأَخَذَ مِنْهُ : أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَمَرُ الْفَرَسَانِ وَالْقَوَافِلِ ثُمَّ صَارَ كَذَلِكَ . . كَلَفَ رَفْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْارْتِفَاقَ بِالضَّارِعِ مُشْرُوطٌ بِسَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ .

قوله : (أَوْ مَا عَلَى رَأْسِ الْمَاشِي) عَطَفَ عَلَى (مَحْمَلِ الْبَعِيرِ) .
قوله : (مِنَ الْحُمُولَةِ بِضَمِّ الْحَاءِ) وَبَتَاء فِي آخِرِهِ ؛ أَيِ : الْأَحْمَالِ ، قَالَ فِي « الْمَخْتَارِ » : (وَأَمَّا الْحُمُولُ بِالضَّمِّ بِلَا هَاءٍ . . فَهِيَ الْإِبِلُ الَّتِي عَلَيْهَا الْهُوَادِجُ ، كَانَ [فِيهَا] نِسَاءً أَوْ لَمْ يَكُنْ) (٢) .
قوله : (الْعَالِيَةِ) أَيِ : الَّتِي يَنْتَهِي سَمَكُ ارْتِفَاعِهَا إِلَى الْحَدِّ الْغَالِبِ فِي الْحُمُولَاتِ الَّتِي تَحْمِلُ عَلَى الرَّأْسِ كَذَا نَقَلَ عَنْ « الْإِيْعَابِ » ، وَنَظَرَ فِيهِ بِأَنَّهُ يَخْرُجُ الْحَدُّ الْكَثِيرُ مِنَ الْحُمُولَاتِ الْغَيْرِ الْغَالِبِ ، وَهُوَ بَعِيدٌ مِنْ كَلَامِهِمْ ، وَالْمَتَجَهِّ : اعْتِبَارُهُ ، بَلْ بَحْثُ اعْتِبَارِ الْحَدِّ النَّادِرِ أَيْضًا ؛ لِمَا مَرَّ مِنَ التَّعْلِيلِ بِأَنَّهُ قَدْ يَتَّفَقُ وَإِنْ نَدَرَ ، وَلَا وَجْهَ لِمُفْرَقِ بَيْنَهُمَا ، وَبِهِ يَعْلَمُ : أَنَّ الْوَجْهَ ضَبْطُ قَوْلِهِ : (الْعَالِيَةِ) بِالْعَيْنِ الْمَهْمَلَةِ وَالْيَاءِ الْمُثَنَاءِ ، لَا الْغَالِبَةِ بِالْغَيْنِ الْمَعْجَمَةِ وَالْبَاءِ الْمُوَحَّدَةِ وَإِنْ اسْتَحْسَنَهُ بَعْضُهُمْ ، تَدَبَّرْ .

قوله : (فِي مَمَرِ الْمَشَاةِ) جَمَعَ مَاشٍ ، وَحَيْثُ امْتَنَعَ ذَلِكَ . . هَدَمَهُ الْحَاكِمُ لَا كُلَّ أَحَدٍ كَمَا رَجَحَهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَوَقُّعِ الْفِتْنَةِ .

نعم ؛ لِكُلِّ أَحَدٍ مَطَالِبَتُهُ بِإِزَالَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ إِزَالَةِ الْمُنْكَرِ ، وَبَحْثُ (ع ش) : أَنَّهُ لَوْ هَدَمَهُ غَيْرُ الْحَاكِمِ . . عَزَرَ فَقَطْ وَلَا ضِمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَحَقُّ الْإِزَالَةِ فَأَشْبَهَ الْمَهْدَرُ (٣) .

قوله : (لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . .) إلخ ؛ أَيِ : فِيمَا رَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ مَاجَةَ وَالدَّارِقُطْنِيُّ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَعِبَادَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا مَرْفُوعًا (٤) ، قَالَ النَّوَوِيُّ :

(١) تحفة المحتاج (١٩٨/٥) .

(٢) مختار الصحاح ، مادة : (حمل) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٣٩٣/٤) .

(٤) أما حديث سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما . . ففي « مسند الإمام أحمد » (٣١٣/١) ، و « سنن ابن ماجه » (٢٣٤١) ،

وأما حديث سيدنا عبادة رضي الله عنه . . ففي « مسند الإمام أحمد » (٣٢٦/٥) ، و « سنن ابن ماجه » (٢٣٤٠) ، وأما

حديث الدارقطني . . فرواه عن سيدنا أبي سعيد الخدري رضي الله عنه (٧٧/٣) .

« لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » فَإِنْ لَمْ يَضُرَّ . جَازَ لَكُنَّ لِلْمُسْلِمِ فَقَطْ ، وَكَذَا لِلذِّمِّيِّ فِيمَا يَخْتَصُّ بِهِمْ وَلَوْ فِي دَارِنَا .

(حدیث حسن)^(۱) وهو دلیل للمتن .

قوله : (« لا ضرر ولا ضرار ») أي : لا يضر الشخص غيره فينقصه شيئاً من حقه ، ولا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه ؛ فالضرر : فعل الواحد ، والضرار : فعل الاثنين ، أو الضرر : ابتداء الفعل ، والضرار : الجزاء عليه ، وقيل : الضرر : ما تضر به صاحبك وتنتفع به ، والضرار : أن تضره من غير أن تنتفع ، وقيل : هما بمعنى واحد ، وكرر ؛ للتأكيد ، أفاده العزيزي عن « النهاية » (٢) .

قوله : (فإن لم يضر) أي : التصرف في الشارع ، وهذا محترز قول المتن : (بما يضر) .
قوله : (جاز) أي : لأنه صلى الله عليه وسلم (نصب بيده ميزاباً في دار عمه العباس رضي الله تعالى عنه إلى الطريق) رواه الإمام أحمد والبيهقي والحاكم وقال : إن الميزاب كان شارعاً لمسجده صلى الله عليه وسلم^(٣) ، وقيس به غيره ، ولأن الطريق مباح [لكل] مسلم ، فالأصل : إباحة الانتفاع الذي لا يقدر في الطرقات المقصود منه بالذات من وضعه ، ولذا : جاز لكل أحد فتح باب من ملكه إليه كيف شاء .

قوله : (لكن للمسلم فقط) أي : وإن لم يأذن له الإمام ، أما الذمي . . فيمنع من ذلك وإن جاز له الاستطراق ؛ لأنه كإعلاء بنائه على بناء المسلم أو أبلغ .

قوله : (وكذا للذمي) أي : يجوز له التصرف بنحو إشراء الروشن .

قوله : (فيما يختص بهم) أي : في محالهم وشوارعهم المختصة بهم .

قوله : (ولو في دارنا) أي : المسلمين كما في رفع البناء ، ولا يجوز لأحد إشراق الروشن إلى مسجد وإن لم يضر ، وكذا ما قرب منه ؛ كمدرسة ورباط ، والفرق بين هذا والشارع : أن الانتفاع به لا يتقيد بنوع مخصوص ولا بشخص مخصوص دون آخر ، بخلاف نحر المسجد فإن الانتفاع به متقيد بنوع مخصوص من الانتفاعات كالصلاة والاعتكاف ، وبطائفة مخصوصة كالمسلمين فكان شبيهاً بالأماكن ، وهي لا يجوز الإشراق فيها لغير أهلها إلا برضاهم ، والرضا من أهل المسجد هنا متعذر فيتعذر الإشراق ، فليتأمل .

(١) الأذكار (ص ٦٥٤) .

(٢) السراج المنير (٤٢٣/٣) .

(٣) مسند الإمام أحمد (١/٢١٠) ، السنن الكبرى (٦/٦٦) ، المستدرک (٣/٣٣١) عن سيدنا عمر رضی اللہ عنہ .

(وَلَا يُبْنَى فِيهِ دَكَّةٌ ، وَلَا يُغْرَسُ فِيهِ شَجَرَةٌ وَإِنْ لَمْ يَضُرَّ) كَأَنِ اتَّسَعَ وَأُذِنَ الْإِمَامُ وَإِنْ كَانَتْ الدَّكَّةُ بَفَنَاءِ دَارِهِ ؛ لِمَنْعِهِمَا طُرُقَ مُحَلِّهِمَا ،

قوله : (ولا يبني فيه) أي : في الشارع الذي هو الطريق النافذ .

قوله : (دكة) بفتح الدال : وهي المسطبة العالية ، والمراد هنا : مطلق المسطبة ولو غير عالية .

قوله : (ولا يغرس فيه شجرة) أي : ومثلها : نصب الشجر اليابس ، وغرز الوتد كما قاله الشرواني^(١) .

قوله : (وإن لم يضر) راجع للصورتين ، وقيل : إن لم يضر كل منهما المارين جاز كما في إشرac الروشن ، وسيأتي ما يريده .

قوله : (كأن اتسع) أي : الطريق .

قوله : (وأذن الإمام) أي : في البناء والغرس ، ولا ينافي هذا نقل الشيخين في (الجراح) عن الأكثرين : أن للإمام مدخلاً في إقطاع الشوارع ، وأنه يجوز للمقطع أن يبني فيه ويتملكه ؛ لأنه على تقدير اعتماده - وإلا . . . فكلاهما هنا مصرح بخلافه - محمول على ما زاد من الشارع على الموضع المحتاج إليه للطروق بحيث لا يتوقع الاحتياج إليه بوجه ولو على التدور ، فحينئذ للإمام الإقطاع وللمقطع بناء ما أراد ، أفاده في « النهاية »^(٢) .

قوله : (وإن كانت الدكة بفناء داره) أي : كما جزم به ابن الرفعة ، واعتمده الشارح والرملي^(٣) ، خلافاً لما حثه السبكي من جوازه حينئذ عند انتفاء الضرر ، وعلله بأنه في حريم ملكه ، وبإطباق الناس عليه من غير نكير ، وقد رده الأذري بأنه بعيد من كلامهم ، ويؤدي إلى تملك الطرق المباحة ، وبأن البندنجي صرح بامتناع بناء الدكة على باب الدار ، والدكك إنما تبني غالباً في أفنية الدار ، وبأن البقعة المنحرفة عن سنن الطريق قد تفزع إليها [المارة] فتضيق عليهم .

قوله : (لمنعهما طرق محلهما) أي : الدكة والشجرة ؛ تعليل للمتن ، واعترض هذا التعليل بحل غرس الشجرة بالمسجد مع الكراهة ، وأجيب بأن محل الجواز إذا كان الغرس لعموم المسلمين ؛ بدليل : أنهم لا يمنعون من الأكل من ثمارها ، وإن غرسها للمسجد ليصرف ريعها له . . . فالمصلحة عامة أيضاً ، بخلاف ما هنا فإنه مصور بما إذا غرسها لنفسه ، وقضيته : جواز مثل

(١) حاشية الشرواني (٢٠٢/٥) .

(٢) نهاية المحتاج (٣٩٨/٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٠٢/٥) ، نهاية المحتاج (٣٩٨/٤) .

ومع طول المدة يشبه محلّهما الأملاك ، وينقطع أثر استحقاق الطروق فيه ؛ إذ لا مالك له خاصٌّ حتّى يقوم بحفظه ، وقد تزدحم المارة فيصطكون بهما . ويسامح ما يُحتمل عادة ؛ كعجين طين

ذلك هنا حيث لا ضرر ، قال في « النهاية » : (إلا أن يقال : توقع الضرر في الشارع أكثر فامتنع مطلقاً ، وهو الأقرب إلى كلامهم)^(١) ، ونحوه في « التحفة »^(٢) .

قوله : (ومع طول المدة . . .) إلخ ، هذا بمنزلة تعليل ثانٍ لذلك ، وعبارة غيره : (ولأنه إذا طال المدة . . .) إلخ^(٣) .

قوله : (يشبه محلّهما) أي : الدكة والشجرة (الأملاك) .

قوله : (وينقطع أثر استحقاق الطروق فيه) أي : المحل ، بخلاف الرأشن ونحوها .

قوله : (إذ لا مالك له خاص حتّى يقوم بحفظه) تعليل لهذا التعليل الثاني ، وبهذا أجيب الاعتراض عليه بجواز فتح الباب إلى درب منسد إذا سمره على ما صححه في « المنهاج » كـ « أصله »^(٤) ، وحاصل الجواب : أن الحق في الدرب المنسد لخاص ، والخاص قائم على ملكه وحافظ له ، بخلاف الشارع فانقطاع الحق فيه عند طول المدة أقرب ، تأمل .

قوله : (وقد تزدحم المارة . . .) إلخ ، هذا مرتبط بالتعليل الأول ، فالأولى : ذكره عقيب كما صنع غيره .

قوله : (فيصطكون بهما) أي : الدكة والشجرة ، ثم ما تقرر في إحداث البناء ، قال (ع ش) : (أما لو وجد لبعض الدور مساطب مبنية بفنائها أو سلم بالشارع يصعد منه إليها ولم يعلم هل حدث قبل وجود الشارع أو بعده . . فإنه لا يغير عما هو عليه ؛ لاحتمال أنه في الأصل بحق ، وأن الشارع حدث بعده ، ولو أعرض صاحبه . . لم يسقط حقه)^(٥) .

قوله : (ويسامح ما يحتمل عادة) أي : في الشارع فيجوز لكل أحد .

قوله : (كعجين طين) كذا في نسخة هذا الكتاب ، والذي في « لفتح » وغيره : (عجن طين)^(٦) ، وهو الأنسب .

(١) نهاية المحتاج (٣٩٧/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٠٣/٥) .

(٣) انظر « أسنى المطالب » (٢١٩/٢) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٢٦١) ، المحرر (ص ١٨٤) .

(٥) حاشية الشبراملسي (٣٩٨/٤) .

(٦) فتح الجواد (٤٨٩/١) .

إذا بقي مقدارُ المرورِ ووضعِ آلةِ عمارةٍ بقدرِ مدّةِ نقلِها ، وربطِ دابةٍ بقدرِ حاجةِ ركوبٍ ونزولٍ ، ورشٍّ خفيفٍ ، لا إلقاءٍ قمامةٍ ، وترابٍ ، وحفرٍ بوجهِ الأرضِ ، وإرسالِ ماءٍ ميزابٍ

قوله : (إذا بقي مقدار المرور) أي : للناس ، بخلاف ما إذا لم يبق . . فإنه لا يجوز .

قوله : (ووضع آلة عمارة) عطف على (عجن طين) .

قوله : (بقدر مدة نقلها) أي : الآلة ، قال (ع ش) : (حيث أبقى للمار قدر المرور ؛ أخذاً مما قبله)^(١) .

قوله : (وربط دابة) عطف أيضاً على (عجن طين) ، ومع جوازه فالأقرب كما قاله (ع ش) : أنه يضمن ما تلف به ؛ لأن الارتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة ، ولا فرق في ذلك بين البصير وغيره^(٢) .

قوله : (بقدر حاجة ركوبٍ ونزولٍ) أي : بخلاف الزائد عليها ، قال في « النهاية » : (ويؤخذ من ذلك : منع ما جرت به عادة العلافين من ربط الدواب في الشوارع للكرءاء ، وعلى ولي الأمر منعهم ؛ لما في ذلك من مريد الضرر)^(٣) ، زاد في « المغني » : (وقد أفتيت بذلك مراراً)^(٤) .

قوله : (ورش خفيف) عطف أيضاً على (عجن طين) ، وخرج به (الخفيف) : الرش المفرط ؛ بحيث يزلق به وخشى منه السقوط فإنه لا يجوز كما نقله في « النهاية » عن تصريح النووي به في « دقائقه »^(٥) ، قال (ع ش) : (لأنه مظنة لإضرار المارة)^(٦) .

قوله : (لا إلقاء قمامة وتراب وحفر بوجه الأرض) أي : فلا يجوز ؛ لأنه مظنة للإضرار ، قال الزركشي : (وكذا إلقاء النجاسة فيه) ، قال (ع ش) : (ظاهره : وإن قلّت ، ويمكن الفرق بين النجاسة والتخلي ؛ بأن التخلي لما كان لإزالة الضرر عن نفسه . . حكم فيه بالكراهة ، بخلاف إلقاء النجاسة والتراب فإنه يسهل التحرز عنه)^(٧) .

قوله : (وإرسال ماء ميزاب) أي : ماء الغسالات ونحوها كما هو ظاهر العبارة . رشيدي^(٨) .

(١) حاشية الشبراملسي (٣٩٤/٤) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٣٩٥/٤) .

(٣) نهاية المحتاج (٣٩٤/٤ - ٣٩٥) .

(٤) مغني المحتاج (٢٣٩/٢) .

(٥) نهاية المحتاج (٣٩٥/٤) .

(٦) حاشية الشبراملسي (٣٩٥/٤) .

(٧) حاشية الشبراملسي (٣٩٥/٤) .

(٨) حاشية الرشدي (٣٩٥/٤) .

إِلَى ضَيْقٍ ، وَيَجُوزُ أَخْذُ تَرَابٍ مِنْهُ لَا يَضُرُّ ؛ أَخْذًا مِنْ إِفْتَاءِ الْقَاضِي بِكَرَاهَةِ ضَرْبِ اللَّبَنِ ، وَبَيْعِهِ مِنْ تَرَابِهِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمَارَةِ . وَخَرَجَ بِـ (الشارع) : الدَّرْبُ الْمَسْدُودُ ، فَهُوَ مَلِكٌ مَنْ نَفَذَتْ أَبْوَابُهُمْ إِلَيْهِ ،

قوله : (إِلَى ضَيْقٍ) أَي : طريق ضيق فلا يجوز ، قال (ع ش) : (سواء كان الزمن شتاء أو صيفاً) (١) .

قوله : (ويجوز أخذ تراب منه) أَي : من الطريق .

قوله : (لا يضر) أَي : بأن يكون قليلاً ، وأما أخذ التراب الكثير منه بحيث يضر المارين به .. فلا يجوز .

قوله : (أخذاً من إفتاء القاضي) أَي : القاضي حسين المروزي .

قوله : (بكرهه ضرب اللبن وبيعه من ترابه) أَي : الطريق .

قوله : (إذا لم يضر بالمارة) أَي : بخلافه إذا أضر بهم ، قال في «النهاية» : (قضية قول العبادي : «يحرم أخذ تراب سور البلد» يقتضي حرمة أخذ تراب الشارع ، إلا أن يفرق بأن من شأن أخذ تراب السور أنه يضر فحرم مطلقاً ، بخلاف تراب الشارع ففصل فيه بين المضر وغيره) (٢) ، قال (ع ش) : (معتمد) (٣) .

قوله : (وخرج بالشارع) أَي : في كلام المصنف السابق .

قوله : (الدرب المسدود) أَي : الطريق غير النافذ ، قال في «المصباح» : (الدرب : المدخل بين جبلين ، والجمع : دروب ، مثل : فلس وفلوس ، وليس أصله عربياً ، والعرب تستعمله في معنى الباب ، فيقال لباب السكة : درب ، وللمدخل الضيق : درب ؛ لأنه كالباب لما يفضي إليه) (٤) .

قوله : (فهو ملك من نفذت أبوابهم إليه) أَي : الدرب المسدود ، لا من لاصقه جدرانهم من غير نفوذ أبوابهم إليه ؛ لأن أولئك هم المستحقون للانتفاع فهم الملاك دون غيرهم ، فإن قيل : إذا كان الاستحقاق لهم خاصة .. فلم جاز لغيرهم دخوله بغير إذنهم ؟ أجيب بأن هذا من الحلال المستفاد بقرينة الحال ، ومنه كما قاله العبادي : تصريحهم بجواز المرور بملك غيره إذا لم يصر به

(١) حاشية الشيرازي (٣٩٥/٤) .

(٢) نهاية المحتاج (٣٩٥/٤) .

(٣) حاشية الشيرازي (٣٩٥/٤) .

(٤) المصباح المنير ، مادة : (درب) .

فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ مِنْهُمْ وَلَا لِغَيْرِهِمْ التَّصَرُّفُ فِيهِ إِلَّا بِرِضَا جَمِيعِهِمْ ، لَكِنْ إِنَّمَا يَمْلِكُ كُلُّ مِنْهُمْ مِنْ رَأْسِ الدَّرَبِ إِلَى بَابِهِ دُونَ مَا جَاوَزَهُ إِلَى آخِرِ السَّكَّةِ

طريقاً للناس ، وعليه حمى إطلاق الأكثرين الجواز ، ومحله فيما جرت العادة بالمسامحة بالمرور فيه ، وقد قيل : إن السلطان محموداً لما قدم مرو . . استقبله أهل البلد وفيهم القفال وأبو عاصم العامري أحدهما عن يمين السلطان والآخر عن يساره وازدحموا ، فتعدى فرس القفال عن الطريق إلى أرض مملوكة لإنسان ، فقال السلطان للعامري : هل يجوز أن يتطرق في ملك الغير بغير إذنه ؟ فقال له : سل الشيخ ؛ فإنه إمام لا يقع فيما لا يحل في الشرع ، فسمع القفال ذلك فقال : يجوز السعي في أرض الغير إذا لم يخش أن يتخذ طريقاً ، ولا عاد ضرره على المالك بوجه آخر ؛ كالنظر في مرآة الغير والاستغلال بجداره . انتهى من « المغني »^(١) .

قوله : (فلا يجوز لأحد منهم) أي : في الأصح كما في « المنهاج »^(٢) .

قوله : (ولا لغيرهم) أي : بلا خلاف كما في « المغني »^(٣) .

قوله : (التصرف فيه) أي : في الدرب المسدود بنحو إشراع الروشن وإن لم يضر

قوله : (إلا برضا جميعهم) أي : في الصورة الثانية ، ورضا باقيهم في الأولى ، فلو قال :

برضا المستحقين لكان أولى ؛ وذلك لأن تصرف الشخص في ملك غيره وفي المشترك إنما يجوز برضا مالكة وبرضا شريك ، أما برضاهم . . فيجوز وإن أضر بهم ، ويحرم الصلح بعوض على إشراع الروشن هنا وفيما مر وإن صالح عليه الإمام ؛ لأن الهواء لا يفرد بالعقد ، وإنما يتبع القرار ؛ كالحمل مع الأم ، وما يستحقه الإنسان في الطريق لا يجوز أخذ العوض عنه ؛ كالمرور .

قوله : (لكن إنما يملك كل منهم) استدراك على قوله : (فهو ملك من نفذت أبوابهم إليه) .

قوله : (من رأس الدرب إلى بابه) أي : لأنه محل تردده ومروره غالباً ، وما عداه هو فيه

كالأجنبي من السكة ، قال في « التحفة » : (فعلم : أن مَنْ بابه آخرها . . يملك جميع ما بعد آخر باب قبله ، فله تقديم بابه وجعل ما بعده دهليزاً لداره)^(٤) .

قوله : (دون ما جاوزد) أي : بابه .

قوله : (إلى آخر السكة) بكسر السين ؛ أي : الزقاق ، فلا يجوز بغير إذنه فتح باب أبعد عن

(١) مغني المحتاج (٢/٢٤٠) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٢٦١) .

(٣) مغني المحتاج (٢/٢٣٩) .

(٤) تحفة المحتاج (٥/٢٠٦) .

(وَلَهُ أَنْ يَسْتَنْدَ إِلَى جِدَارِ الْأَجْنَبِيِّ) الْجَارِ وَغَيْرِهِ (وَيُسْنَدُ إِلَيْهِ مَتَاعاً لَا يَضُرُّ) الْجِدَارَ بَوَاجِهِ وَإِنْ مَنَعَهُ الْمَالِكُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ حُمَقٍ أَوْ مُحَضُّ عِنَادٍ ،

رأس الدرب من بابهِ القديم سواء أُنْطَرِقَ من القديم أم لا ، أو باب أقرب إلى رأسه مع تطرق من القديم ؛ لِتَضَرُّرِهِمْ بِهِ ؛ أَمَا فِي الْأَوَّلَى . . فَوَاضِحٌ ، وَأَمَا فِي الثَّانِيَةِ . . فَلَأَنَّ زِيَادَةَ الْبَابِ تَوَرَّثَ زِيَادَةُ مَزَاحِمَةِ النَّاسِ وَوُقُوفِ الدُّوَابِّ فَيَتَضَرَّرُونَ بِهِ .

قوله : (وله) أي : يجوز للشخص .

قوله : (أن يستند إلى جدار الأجنيبي) خرج بـ (الجدار) : الانتفاع بأمثلة غيره ؛ كالتغطّي بثوب له مدة لا تقابل بأجرة ولا تورث نقصاً في العين بوجه ، ومن ذلك : أخذ كتاب غيره مثلاً بلا إذن فلا يجوز ؛ لما فيه من الاستيلاء على حق الغير بغير رضاء ، وهو حرام . (ع ش)^(١) .

قوله : (الجار وغيره) أي : فلا فرق في جواز ذلك بينهما .

قوله : (ويسند إليه) أي : إلى جدار الأجنيبي .

قوله : (متاعاً لا يضر الجدار بوجه) أي : لأنه لا ضرر على المالك فيه فلا يضايق فيه ، بخلاف إسناد المتاع الذي يضر الجدار فإنه لا يجوز بغير إذن المالك ، قال (ع ش) : (وعليه : فلو أسند جماعة أمتعة متعددة وكان كل واحد منها لا يضر وجملتها تضر : فإن وقع فعلهم معاً . . منعوا كلهم ؛ لأنه لا مزية لواحد منهم على غيره ، وإن وقع مرتباً . . منع من حصل بفعله الضرر دون غيره ، ومثله يقال فيما لو استندوا للجدار)^(٢) .

قوله : (وإن منعه) أي : الشخص المذكور .

قوله : (المالك من ذلك) أي : الاستناد وإسناد المتاع لجداره ، قال في « الأسنى » : (وهو كالاستئذان بسراج غيره والاستئذان بجداره)^(٣) .

قوله : (لأنه) أي : المنع من الاستناد مع عدم الضرر .

قوله : (مجرد حمق أو محض عناد) أي : ولذا ادعى الإمام في « المحصول » الإجماع في جواز ذلك ، قال في « التحفة » : (وكأنه لم يعتد بما فيه من الخلاف ؛ لشذوذه)^(٤) ، قال

(١) حاشية الشبراملسي (٤١١/٤) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٤١١/٤) .

(٣) أسنى المطالب (٢٢٤/٢) .

(٤) تحفة المحتاج (٢١٥/٥) .

بخلاف ترتيب الكتاب منه ، وغرز وتد فيه ، ووضع جذوع عليه . . فلا يجوز إلا بإذنه ؛ لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس »

(ع ش) : (والظاهر : أنه يحرم على المالك منع ذلك ؛ لأن هذا مما يتسامح به عادة فالمنع منه محض عناد)^(١) .

قوله : (بخلاف ترتيب الكتاب منه) أي : من تراب جدار الغير لتجفيف حبره ، يقال : تربت الكتاب بتراب أثره من باب ضرب ، وتربته بالثقل مبالغة ، وكذا أثرته ، كتب المأمون كتاباً وعنده النضر بن شميل فقال له : كيف تقول إذا أمرت من يترب الكتاب^(٢) ؟ فقال : أثره كأكرمه ، قال : فهو ماذا ؟ قال فهو مترب ، قال : فمن الطين ؟ قال : طنه ، قال فما هو ؟ قال : مطين - أي : بوزن مبيع - فاستحسنه وأعطاه الجائزة .

قوله : (وغرز وتد فيه) أي : في جدار الغير .

قوله : (ووضع جذوع عليه) أي : أو فتح كوة فيه ، ونحو ذلك مما يضايق فيه عادة .

قوله : (فلا يجوز) أي : كل من ترتيب الكتاب وما بعده .

قوله : (إلا بإذنه) أي : المالك أو ظن رضاه كما صرح به الماوردي في الأول ، ومثله ما بعده ، قال في « التحفة » : (ويعارض ما ذكر في الترتيب إطلاقهم جواز أخذ خلال أو خلالين من مال الغير ، إلا أن يقال : إنه مثله ؛ فإن ظن رضاه . . جاز ، وإلا . . فلا ، وتوهم فرق بينهما . . بعيد)^(٣) .

قوله : (لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم) أي : فيما رواه الدارقطني والحاكم^(٤) ، قال في « شرح المنهج » : (بإسناد صحيح)^(٥) .

قوله : (« لا يحل مال امرئ مسلم ») مفهوم المسلم فيه تفصيل ، فالذمي مثل المسلم ، بخلاف الحربي ، قال الشوري : (المراد بـ « المسلم » : الملتزم لأحكام الإسلام) .

قوله : (« إلا عن طيب نفس ») أي : من ذلك المسلم ، وفي رواية للحاكم بإسناد على شرط الشيخين في معظمه وكل منهما منفرد في بعضه : « لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس »^(٦) .

(١) حاشية الشيرازي (٤١١/٤) .

(٢) في الأصل : (من أين يترب الكتاب) ، ولعل الصواب ما أثبت ، انظر « معجم الأدباء » (١٨٠/٧) .

(٣) تحفة المحتاج (٢١٤/٥) .

(٤) سنن الدارقطني (٢٥/٣) المستدرک (٩٣/١) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٥) فتح الوهاب (٢١١/١) .

(٦) المستدرک (٩٣/١) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

ولو خرب بناءً مشتركاً ولو غيرَ حاجزٍ بفعلٍ أحدٍ . . . لزمه أرشٌ نقصٍ وهو ما بينَ قيمته مبنياً ومنقوضاً ، لا إعادةُ البناءِ ؛ لأنه ليسَ مثلياً . (وَلَا يُجْبَرُ) أحدُ الشريكين (شريكه) الذي أرادَ إهمالَ المشترك المنهدمِ

قوله : (ولو خرب بناءً مشترك) أي : بين اثنين فأكثر .

قوله : (ولو غير حاجز) أي : كما أفهمه « الحاوي » خلافاً لما يوهمه كلام « الإرشاد »^(١) .

قوله : (بفعل أحد) أي : أهل للضمان سواء أحد الشريكين والأجنبي .

قوله : (لزمه أرش نقصه) أي : البناء .

قوله : (وهو) أي : الأرض هنا .

قوله : (ما بين قيمته مبنياً ومنقوضاً) أي : فإذا كان قيمته مبنياً مئة وقيمه منقوضاً عشرين . . . لزمه ثمانون .

قوله : (لا إعادة البناء) أي : ولو مسجداً في عدم لزوم إعادته إذا تعدى وهدمه . . فلا تلزمه الإعادة ، وإنما يلزمه التفاوت بين قيمته قائماً ومهدوماً ، فتنبه له . (ع ش)^(٢) .

قوله : (لأنه ليس مثلياً) تعليل لعدم لزوم إعادة البناء ، قال في « الأسنى » : (وعليه نص الشافعي رضي الله تعالى عنه والبيوطي وإن نص في غيره على لزوم الإعادة)^(٣) ، قال بعض المحققين : (ولا مخالفة بينهما ؛ وذلك لأن القياس الجاري على القواعد : أن الغاصب إذا اغتصب أو المتلف إذا أتلف مثلياً . . لزمه مثله ، وأنه إذا غصب شيئاً ورفق أجزاءه . . وجب عليه رده إلى ما كان عليه ، ومعلوم : أن أجزاء الجدار كلها مثلية ؛ فالهادم له إذا تلف أجزاءه . . لزمه غرامة مثلها ، وإن هدمه فقط . . فالمالك مخير ؛ إن شاء . . كلفه رده كما كان ، وعليه يحمل الذي في غير « البيوطي » ، وإن شاء . . غرمه أرش ما نقص ، وعليه يحمل نص البيوطي (فليتأمل)^(٤) .

قوله : (ولا يجبر أحد الشريكين) أي : الذي أراد عمارة البناء المنهدم بنفسه أو بفعل فاعل .

قوله : (شريكه الذي أراد إهمال المشترك المنهدم) أي : ولو بهدم الشريكين أو أحدهما له ؛ لاستهدامه أو لغيره .

(١) الإرشاد (ص ٩٢) .

(٢) حاشية الشيرازي (٤/٤٠٨) .

(٣) أسنى المطالب (٢/٢٢٤) .

(٤) انظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (٢/٢٢٤) .

(عَلَى الْعِمَارَةِ) لِلخَبِيرِ الْمَذْكُورِ (فَإِذَا أَرَادَ) أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ (إِعَادَةَ مَا أَنْتَهَدَمَ) مِنَ الْجِدَارِ الْمَشْتَرَكِ (بِمَالِ نَفْسِهِ)

قوله : (على العمارة) متعلق بـ (لا يجبر) ، وهذا هو القول الجديد كما في « المنهاج »^(١) ، قال في « المغني » : (والتدعيم ونص عليه في « البويطي » : الإيجاب ؛ صيانة للأمالك المشتركة عن التعطيل ، وأفتى بهذا ابن الصلاح واختاره الغزالي وصححه [جماعة] ، وقيل : إن القاضي يلاحظ أحوال المتخاصمين ؛ فإذا ظهر له أن الامتناع لغرض صحيح أو شك في أمره .. لم يجبره ، وإن علم أنه عناد .. أجبره)^(٢) .

قال في « التحفة » : (ويبحث الزركشي تقييد القولين بمطلق التصرف ، فلو كان لمحبجور عليه ومصلحته في العمارة .. رجب على وليه الموافقة . انتهى ، ولا حاجة لذلك ؛ لأن القولين في الإيجاب لحق الشريك الآخر ، وهنا إيجاب الولي لحق المولى لا لحق الشريك الآخر)^(٣) .

قوله : (للخبير المذكور) أي : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس » ، وأما خبر : « لا ضرر ولا ضرار »^(٤) .. فمخصوص بغير هذا ؛ لأن المهمل يتضرر أيضاً بتكليفه العمارة ، والضرر لا يزال بالضرر ، ويجري ذلك في قناة ونهر وبئر مشتركة ، وكذا سقي نبات على المعتمد وزراعة أرض .

نعم ؛ يلزم بإجارتها ، فيها يندفع الضرر .

قوله : (فإذا أراد أحد الشريكين) تفريع على عدم إيجاب الشريك على العمارة ، وعبر في « الروض » بـ (بل) (الانتقالية)^(٥) .

قوله : (إعادة ما انتهدم من الجدار المشترك) أي : لا غير الجدار ، فلو اشترك اثنان في دار انتهدمت وأراد أحدهما إعادتها بألة نفسه .. منع منه كما قاله ابن المقري وغيره^(٦) ، ويبحث (ع ش) : أن مثل الدار ما لو كان بينهما حش مشترك وأراد أحدهما إعادته بألة نفسه .. فلا يجوز^(٧) .

قوله : (بمال نفسه) أي : آلتة الخاصة به .

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٦٢) .

(٢) مغني المحتاج (٢/٢٤٦-٢٤٧) .

(٣) تحفة المحتاج (٥/٢١٦) .

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤١) ، والإمام أحمد (١/٣١٣) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٥) انظر « أسنى المطالب » (٢/٢٢٥) .

(٦) إخلاص النواي (٢/٢١٩) .

(٧) حاشية الشبراملسي (٤/١٢) .

وَأَمْتَنَعَ شَرِيكُهُ (. . لَمْ يُنْعَ ، وَيَكُونُ الْمُعَادُ مِلْكَهُ) فَيَنْفَرِدُ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ بِمَا شَاءَ ، وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ ،
وَلَيْسَ لِلْمَمْتَنِعِ مَنَعَةٌ وَإِنْ أَشْرَكَ فِي الْأَسِّ ؛

قوله : (وامتنع شريكه) أي : من الإعادة ، قال في « التحفة » : (فعلم توقف جواز الإعادة على امتناع منها ، وإلا . . فللشريك تملك قدر حصته منه بالقيمة . . .) إلخ^(١) ، زاد (ع ش) : (أو إلزام المعيد للنقض ؛ ليعيدها مشتركا كما كان) انتهى^(٢) ، وخالف في ذلك الرملي والخطيب فقالا بجواز الإقدام عليه عند عدم المنع^(٣) .

قوله : (لم يمنع) أي : ليصل بذلك إلى حقه .

قوله : (ويكون المعاد) أي : بآلة نفسه .

قوله : (ملكه) أي : المعيد .

قوله : (فينفرد بالانتفاع به بما شاء وينقضه إذا شاء) أي : لأنه بآلته ، ولا حق لغيره فيه ، ومن ثم : لو كان للممتنع عليه حمل . . خُيِّرَ الباني بين تمكينه ونقضه ليعيدها ويعود حقه ، وقد يستشكل بأن الممتنع قد يوافق على ذلك ثم يمتنع^(٤) بعد الهدم من إعادته فيضره بهدمه ، وحينئذ : فينبغي إجباره هنا ؛ دفعا لذلك الضرر الناشئ عنه . « تحفة »^(٥) .

قوله : (وليس للممتنع) أي : من العمارة .

قوله : (منعه) أي : المعيد من النقض ، بل لو قال له : لا تنقضه وأغرم لك حصتي من القيمة . . لم تلزمه إجابهته ، قال الجمل : (لأن إجابهته إدامة للعمارة واندوام لا يلزم ؛ قياساً على الابتداء)^(٦) .

قوله : (وإن اشتركا في الأس) هذا هو المنقول المعتمد ، قال في « حاشية الروض » : (ومن قال : إنما يجوز لأحد الشريكين الإعادة بآلة نفسه من غير إذن الآخر حيث يختص الأس به ؛ إذ ربما يريد شريكه الانتفاع بوجه آخر . . فقد سها ؛ لأن من كان شريكاً في النقض من غير شركة في الأس إذا أخذ حصته من النقض . . يصير أجنبياً عن الأس وعن الآلة التي يعيدها شريكه ، والمبحث :

(١) تحفة المحتاج (٢١٧/٥) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٤١٢/٤) .

(٣) نهاية المحتاج (٤١٢/٤) ، مغني المحتاج (٢٤٧/٢) .

(٤) في الأصل : (يمنع بعد الهدم) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٥) تحفة المحتاج (٢١٨/٥) .

(٦) فتوحات الوهاب (٣٦٧/٣) .

لتقصيره في الجملة ، مع توصل الباني به إلى حقه وإن لم يكن له عليه قبل البناء بناءً أو جذوعاً ، أمّا إعادته بالآلة المشتركة .. فممتنعة ..

إعادة أحد الشريكين ومنع الشريك الآخر لا منع الأجنبي للمالك (تدبر^(١)) .

قوله : (لتقصيره) أي : الممتنع من الإعادة (في الجملة) .

قوله : (مع توصل الباني به إلى حقه) أي : فكان له الإعادة ، ولأنه يجوز لصاحب العلو بناء السفل غير المشترك بآلته فجوازه في المشترك أولى ، قال بعضهم : (إن ذلك بآلة نفسه ؛ ليصل إلى حقه من رخص الشارع للمستحق في التصرف في حق الغير حيث انحصر كون هذا التصرف طريقاً إلى الوصول إلى حقه ؛ كما رخص للمستحق في التصرف في مال المدين الممتنع من الأداء إذا ظفر به) فليتأمل^(٢) .

قوله : (وإن لم يكن له عليه قبل البناء) أي : قبل انهدام البناء ، فهو على تقدير مضاف ، فلو قال : قبل الانهدام .. لكان أظهر ، ثم رأيت عبارة « الفتح » و « النهاية » كذلك^(٣) .

قوله : (بناء أو جذوع) أي : فلا فرق في الجواز بين أن يكون له حق الحمل أم لا ؛ لأن امتناع الآخر من العمارة بآلة نفسه والقسمة عناد منه ، فمكن شريكه من الانتفاع به للضرورة ؛ لأن الانتفاع بالأس يقع تابعاً لا مقصوداً ، وإنما المقصود بالانتفاع إنما هو الجدار فمكناؤه منه ، وبه يعلم : أنه لا حاجة إلى قول بعضهم : إن صورة المسألة : أن يكون للباني حق في الحمل عليه ؛ فقد قال في « التحفة » : (كما جوزتم له ذلك لغرض الحمل عليه فجوزوه له لغرض آخر توقف على البناء ؛ ككونه ساتراً له مثلاً ؛ إذ لا فرق بين غرض وغرض) تأمل^(٤) .

قوله : (أما إعادته بالآلة المشتركة) أي : بغير إذن الآخر ، وهذا مقابل قول المتن : (بمال نفسه) .

قوله : (فممتنعة) أي : كسائر الأعيان المشتركة ، والفرق بين هذا وما مر : أن تلك فيها تفويت منفعة لا غير ، وهذا تفويت عين فسومح ثم ما لم يسامح هنا ، فإن أعاده بها . بقي مشتركاً كما كان ، ولا يصح شردهما زيادة لأحدهما ؛ لأنه شرط عوض من غير معوض ، وإن أعاده

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٢٢٥/٢) .

(٢) انظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (٢٢٥/٢) .

(٣) فتح الجواد (٤٩١/١) ، نهاية المحتاج (٤١٢/٤) .

(٤) تحفة المحتاج (٢١٧/٥) .

.....

أحدهما بها وشرط له الآخر زيادة على حصته . . . جاز وكانت الزيادة في مقابلة عمله في نصيب الآخر ، لكن محله إذا جعل له الزيادة حالاً ، فإن شرطه بعد البناء . . . لم يصح ؛ لأن الأعيان لا تؤجل ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(باب الحوالة)

هِيَ - بفتح الحاء أَفْصَحُ مِنْ كَسَرِهَا - : مِنْ التَّحْوِيلِ ، وَشَرْعاً : عَقْدٌ يَقْتَضِي نَقْلَ دَيْنٍ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ

[باب الحوالة]

قوله : (باب الحوالة) ذكرت عقب الصلح ؛ لما فيها من قطع النزاع بين المحيل والمحتال ، والأصل فيها قبل الإجماع : الخبر المتفق عليه : « مطل الغني ظلم » ، وإذا أتبع أحدكم على مليء . . . فليتبّع ^(١) ، وفي رواية البيهقي : « وإذا أحيل أحدكم على مليء . . . فليحتل ^(٢) » ، وهي المفسرة للأولى .

وخير ما فسّره بالوارد ^(٣)

ويؤخذ منه : صراحة الاتباع في الحوالة ؛ لأنه رديفها ؛ كأن يقول العارف بمدلول اللفظ : أتبعك على فلان بما لك عليّ من الدين .

قوله : (هي) أي : الحوالة لغة .

قوله : (بفتح الحاء أَفْصَحُ مِنْ كَسَرِهَا) كذا في كتب الفقه ، ولم يذكر في « القاموس » غير أنها بوزن سحابة ^(٤) .

قوله : (من التحول) أي : مأخوذة منه ، ومعناها : الانتقال ، يقال : حالت الأسعار : إذا انتقلت عما كانت عليه ، وحال عن العهد : إذا انتقل عنه وتغير .

قوله : (وشرعاً : عقد يقتضي نقل دين) أي : نظيره ، وإلا . . فالدين يسقط ويثبت نظيره في ذمة المحال عليه ، والمراد به (النقل) : الانتقال ، وعبرة « التحفة » : (يقتضي تحول دين . . .) إلخ ^(٥) .

قوله : (من ذمة إلى ذمة) أي : من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وتطلق أيضاً على الانتقال نفسه ، فيكون له إطلاقان شرعاً : نفس العقد ، والأثر الناشئ عنه ، قال الخطيب :

(١) صحيح البخاري (٢٢٨٧) ، صحيح مسلم (١٥٦٤) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) السنن الكبرى (٧٠/٦) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) ألفية العراقي في الحديث (عن ١٣٢) .

(٤) القاموس المحيط (٣٢٢/٣) ، مادة : (حول) .

(٥) تحفة المحتاج (٢٢٦/٥) .

وَيُسْنُ قَبُولَهَا عَلَى مَلِيٍّ بِاذِلٍ لَا شُبْهَةَ بِمَالِهِ ؛ لِأَمْرِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِذَلِكَ ، وَالْأَصَحُّ :
أَنَّهَا بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ جُوزَ لِلْحَاجَةِ . (تَصَحُّحُ الْحَوَالَةِ بِشُرُوطٍ : الْأَوَّلُ :)

(والأول هو غالب استعمال الفقهاء)^(١) ، (و (ع ش) : (والثاني هو الذي يرد عليه الفسخ والانفساخ)^(٢) .

قوله : (ويسن قبولها) أي : قبول المحتال الحوالة ، فهو من إضافة المصدر إلى مفعوله .
قوله : (على ملىء) بالهمز ؛ أي : موسر من الملاءة ؛ وهي اليسار ، وبحث الشارح ضبطها بمن عنده فاضل عما يترك للمفلس ما يوفي دينه .

قوله : (باذل لا شبهة بماله) خرج بهما : المماطل ومن في ماله شبهة ، قال (ع ش) :
(أي : إن سلم منها مال المحيل ، أو كان الشبهة فيه أقل)^(٣) .

قوله : (لأمره صلى الله تعالى عليه وسلم بذلك) أي : بالقبول في الحديث السابق « فليتبع »
المفسر برواية : « فليحتل » ، وصرفه عن الوجوب الذي قال به أحمد القياس على سائر
المعاوضات ، كذا قالوا ، واعترض بأن خروجها عن المعاوضات يقتضي عدم قياسها ، ولذلك
قيل : صرفها عن الوجوب ورودها بعد النهي عن بيع الدين بالدين ، وسيأتي ما فيه .
قوله : (والأصح : أنها) أي : الحوالة .

قوله : (بيع دين بدین جوز للحاجة) أي : كما جوز القرض مع كونه بيع درهم بدرهم من غير
تقابض ، ومن ثم : لم يعتبر هنا التقابض في المجلس وإن كان الدينان ربويين ، فهي بيع ؛ لأنها
إبدال مال بمال ، فإن كلاً من المحيل والمحتال يملك بها ما لم يملكه قبلها ؛ فكأن المحيل باع
المحتال ماله في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته ؛ أي : الغلب عليها ذلك ، ومقابل
الأصح : أنها استيفاء للحق ؛ فكأن المحتال استوفى ما على المحيل وأقرضه المحال عليه ،
وصححه السبكي وقال : (إن من تأمل مسائل الباب . . عرف أن التفريع على قول البيع
لا يستمر) .

قوله : (تصح الحوالة بشروط) المراد بـ (الشروط) : ما يشمل الأركان ، وهي ستة :
محيل ، ومحتال ، ومحال عليه ، ودينان ، وصيغة ، وكلها تؤخذ مما يأتي .
قوله : (الأول) أي : الشرط الأول .

(١) مغني المحتاج (٢/٢٥١) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٤/٤٢١) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٤/٤٢٣) .

الإِيجَابُ وَالْقَبُولُ) كَالْبَيْعِ (وَصَرِيحُهُ) أَي : الإِيجَابِ (أَحْلَتَكَ عَلَى فُلَانٍ) بِكَذَا ، أَوْ نَقَلْتُ حَقَّكَ إِلَيْهِ ، أَوْ مَلَكَتُكَ الَّذِيْنَ أَلَّذِيْ عَلَيْهِ ، أَوْ جَعَلْتُ مَا لِيْ عَلَيْهِ لَكَ ، أَوْ أَتَبَعْتُكَ عَلَيْهِ ؛ بِشَرَطِ أَنْ يَقُولَ فِي كُلِّ مِنْ هَذِهِ الصَّيْغِ : (بِالَّذِيْنَ أَلَّذِيْ لَكَ عَلَيَّ ، فَإِنْ قَالَ : أَحْلَتَكَ عَلَى فُلَانٍ بِكَذَا) أَوْ غَيْرِهِ مِنْ تِلْكَ الصَّيْغِ ، وَلَمْ يَقُلْ : بِالَّذِيْنَ أَلَّذِيْ لَكَ عَلَيَّ

قوله : (الإِيجَابُ وَالْقَبُولُ) أَي : إِيجَابِ الْمُحِيلِ وَقَبُولِ الْمُحْتَالِ .

قوله : (كَالْبَيْعِ) أَي : وَنَحْوَهُ مِنَ الْعُقُودِ ، فَيَشْتَرِطُ فِي الصَّيْغَةِ جَمِيعَ مَا مَرِثَمَ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ .

قوله : (وَصَرِيحُهُ ؛ أَي : الإِيجَابِ) أَي : إِيجَابِ الْمُحِيلِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ صَرِيحَ الْقَبُولِ ؛ لِلْعِلْمِ [بِهِ] مِمَّا مَرَّ فِي الْبَيْعِ .

قوله : (أَحْلَتَكَ عَلَى فُلَانٍ بِكَذَا) أَي : بِالَّذِيْنَ الَّذِي . . . إلخ عَلَى مَا سَيَأْتِي .

قوله : (أَوْ نَقَلْتُ حَقَّكَ إِلَيْهِ) أَي : فُلَانٍ ، وَآتَى بِهِذَا الَّذِيْ بَعْدَهُ إِمَارَةً إِلَى أَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ لَفْظُ الْحَوَالَةِ ، بَلْ يَكْفِيْ مَا يُؤَدِّيْ مَعْنَاهَا ، خِلَافًا لِمَا يُوْهِمُهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ .

قوله : (أَوْ جَعَلْتُ مَا لِيْ عَلَيْهِ لَكَ) أَي : أَوْ مَلَكَتَكَ الَّذِيْنَ الَّذِيْ عَلَيْهِ بِحَقِّكَ .

قوله : (أَوْ أَتَبَعْتُكَ عَلَيْهِ) أَي : لِلْعَارِفِ بِهِ ، قَالَ فِي « الْأَسْنَى » عَنْ الْمُتَوَلَّى : (وَهَلْ تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ ؟ إِنْ رَاعَيْنَا اللَّفْظَ . . . لَمْ تَنْعَقِدْ ، أَوْ الْمَعْنَى . . . انْعَقَدَتْ ؛ كَالْبَيْعِ بِلَفْظِ السَّلَمِ) (انتهى^(١)) ، وَاعْتَمَدَ الرَّمْلِيُّ الْأَوَّلُ وَالشَّارِحُ الثَّانِي^(٢) .

قوله : (بِشَرَطِ أَنْ يَقُولَ) أَي : الْمُحِيلِ .

قوله : (فِي كُلِّ مِنْ هَذِهِ الصَّيْغِ) أَي : مِنْ أَحْلَتَكَ عَلَى فُلَانٍ وَمَا بَعْدَهُ .

قوله : (بِالَّذِيْنَ الَّذِيْ لَكَ عَلَيَّ) بِتَشْدِيدِ الْيَاءِ ، فَيَقْبَلُ الْمُحْتَالُ بِنَحْوِ : قَبِلْتُ ، وَلَوْ قَالَ : (أَحْلَنِيْ) . . . فَكَقَوْلِهِ : (عَنِي) فَيَكُونُ اسْتِجَابًا قَائِمًا مَقَامَ الْقَبُولِ ، وَمِثْلُهُ مَا لَوْ قَالَ : اِحْتَلَّ عَلَى فُلَانٍ بِمَا لَكَ عَلَيَّ مِنَ الدِّينِ فَقَالَ : اِحْتَلْتُ أَوْ قَبِلْتُ . . . فَيَكُونُ اسْتِقْبَالًا قَائِمًا مَقَامَ الْإِيجَابِ .

قوله : (فَإِنْ قَالَ) أَي : الْمُحِيلِ .

قوله : (أَحْلَتَكَ عَلَى فُلَانٍ بِكَذَا) أَي : وَلَمْ يَقُلْ : (بِالَّذِيْنَ الَّذِي . . .) إلخ كَمَا سَيَأْتِي .

قوله : (أَوْ غَيْرِهِ مِنْ تِلْكَ الصَّيْغِ) أَي : نَقَلْتُ حَقَّكَ إِلَيْهِ وَمَا بَعْدَهُ .

قوله : (وَلَمْ يَقُلْ بِالَّذِيْنَ الَّذِيْ لَكَ عَلَيَّ) أَي : بَلْ اقْتَصَرَ عَلَى تِلْكَ الصَّيْغِ فَقَبِلَهُ الْمُحْتَالُ .

(١) أسنى المطالب (٢/٢٣٠) .

(٢) نهاية المحتاج (٤/٤٢٢-٤٢٣) ، تحفة المحتاج (٥/٢٢٧) .

(.. فِكْنَايَةٌ) لِاحْتِمَالِهِ لِلْفَظِ أَلْبَيْعِ هُنَا عَلَى الْأَوْجِهِ . (الْثَانِي : أَنْ يَكُونَ الدِّينَانِ) دَيْنُ الْمُحِيلِ وَدَيْنُ الْمُحْتَالِ (لَا زَمِينَ)

قوله : (فِكْنَايَةٌ ؛ لاحتماله للفظ البيع هنا) أي : فإن نوى بذلك الحوالة .. صحت ، وإلا .. فلا .

قوله : (على الأوجه) أي : وفقاً لشيخه ، وعبارته في « الغرر » نولاً عن « الكافي » : (لو قال : أحلتك على فلان بكذا ، ولم يقل : بالدين الذي لك عليّ .. قيل : هو صريح في الحوالة ، وقيل : هو كناية ، فلا يكون حوالة إلا بالنية . انتهى ، والأول هو ظاهر [كلام] غيره ، لكن الشارح صحح في « تنقيحه » الثاني ^(١) ، ونقل في « الأسنى » عن البلقيني وغيره التصريح بتصحيحه ^(٢) ، واعتمد الرملي والخطيب أن ذلك صريح ، لكنه يقبل الصرف ^(٣) .

وعليه : فالفرق بينه وبين الكناية : أنها لا تكون إلا بالنية ، بخلافه فيصح عند الإطلاق وينصرف عن مدلوله بالنية ، قال شيخنا رحمه الله تعالى : (فعلى ما جرى عليه ابن حجر أن الكناية تدخل الحوالة ، وعلى ما جرى عليه الرملي أنها لا تكون إلا صريحة فلا تدخلها الكناية) تأمل ^(٤) .
قوله : (الثاني) أي : من الشروط .

قوله : (أن يكون الدينان) أي : سواء كانا مثليين ؛ كالنقود ولحبوب ، أو متقومين ؛ كالعبد والثوب لثبوته ولزومه ؛ كأن يكون له على آخر عبد قرض مثلاً ، وله على غيره عبد قرض مثلاً فأحاله عليه ، وقيل : لا تصح الحوالة إلا في الأثمان خاصة ، وقيل في المثليات خاصة .
قوله : (دين المحيل) أي : على المحال عليه .

قوله : (ودين المحتال) أي : على المحيل .
قوله : (لازمين) هو ما لا يدخله خيار ، والمراد : ما يشمل الآيل لزوم ؛ بدليل قوله الآتي : (ويصح بالثمن في مدة الخيار) ، ولذا قال في « البهجة » :
[من الرجز]
وأن يكون لازماً أو أصله لزومه على الذي يحيله ^(٥)
فالأول كالثمن بعد زمن الخيار ، والثاني كهو في زمنه .

(١) الغرر البهية (٤٠٦/٥) .

(٢) أسنى المطالب (٢٣٠/٢) .

(٣) نهاية المحتاج (٤٢٢/٤) ، مغني المحتاج (٢٥٢/٢) .

(٤) إعانة الطالبين (٧٥/٣) .

(٥) بهجة الحاوي (ص ١٠١) .

مستقرين ؛ فلا تصح بعين ولا عليها ، ولا ممن لا دين عليه ، ولا على من لا دين عليه - وإن رضي - ولا بدين قبل ثبوته ولا عليه ، ولا بدين جائز ليس أصله اللزوم ولا عليه ،

قوله : (مستقرين) المراد به (الاستقرار) هنا : ما يجوز الاستبدال عنه ، ومن لازمه اللزوم ولو مآلاً ، ولا عكس ، ويس المراد من ذلك الأمن من فسخه بتلفه أو تلف مقابله ؛ لصحة الحوالة بضمن مبيع لم يقبض ، وأجرة لم تنقض مدتها ، وصدّاق قبل دخول وعليها مع عدم الأمن من انفساخها بذلك ، تأمل .

قوله : (فلا تصح) أي : الحوالة .

قوله : (بعين ولا عليها) أي : لانتفاء الدينية فيها ، قال في « حاشية الروض » : (فلا تصح الحوالة على التركة ؛ لأنها أعيان ، وتصح على الميت وإن لم يكن له تركة كما جزم به جماعة ، منهم : البارزي والبلقيني وابن الرفعة)^(١) أي : ويلزم الحق ذمته ، وقولهم : الميت لا ذمة له ؛ أي : بالنسبة للالتزام لا للإلزام .

قوله : (ولا ممن لا دين عليه) أي : المحيل الذي لا دين عليه ، قال ابن قاسم : (هل تعتقد وكالة اعتباراً بالمعنى ، أو لا ؟ اعتمد الرملي عدم الانعقاد ؛ اعتباراً باللفظ فإن الغالب أنهم يرجحون اعتبار اللفظ) ، قال الشرايبي : (إلا إن نوباً من الحوالة الوكالة ؛ أخذاً من التعليل)^(٢) .

قوله : (ولا على من لا دين عليه) أي : ولا تصح الحوالة عليه .

قوله : (وإن رضي) أي : بالحوالة ؛ لعدم الاعتياض ؛ إذ ليس عليه شيء يجعله عوضاً عن حق المحتال ، فإن تطوع بأداء دين المحيل . . كان قاضياً دين غيره ، وهو جائز ، والقول بصحة الحوالة في ذلك مبني على ضعف : أنها استيفاء .

قوله : (ولا بدين قبل ثبوته ولا عليه) أي : لأنه حينئذ كالعدم ، والحوالة لا بد فيها من وجود الدين .

قوله : (ولا بدين جائز ليس أصله اللزوم ولا عليه) أي : كدين الكتابة ، فلا تصح حوالة السيد على المكاتب بالنجوم ؛ لعدم لزومها ؛ إذ للمكاتب إسقاطها متى شاء فلا يمكن إلزامه الدفع للمحتال ، بخلاف حوالة المكاتب سيده بالنجوم ؛ لأن الدين لازم من جهة المحتال والمحال عليه مع تشوف الشارع إلى العتق ، وبه فارق عدم صحة الحوالة بدين السلم ، وفرق البلقيني بينهما بأن

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٢/ ٢٣٠) .

(٢) حاشية الشرايبي (٥/ ٢٢٨) .

ولا بدين غير مستقر ولا عليه ؛ كدين السِّلَم ، ورأس ماله الموصوف في الذِّمَّة ، ودين الجُعالة .
(وَتَصَحُّ بِالْثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ) لَهُمَا وَلَوْ لَوْلِيَهُمَا أَوْ لِلْبَائِعِ

السيد إذا احتال بمال الكتابة . لا يتطرق إليه أن يصير الدين لغيره ؛ لأنه إن قبضه قبل التعجيز .
فواضح ، وإلا . فهو مال المكاتب وصار بالتعجيز للسيد ، بخلاف دين السلم قد ينقطع المسلم فيه
فيؤدي إلى ألا يصل المحتال إلى حقه ، تأمل .

قوله : (ولا بدين غير مستقر ولا عليه) أي : لامتناع الاعتياض عنه حينئذ .
قوله : (كدين السلم) أي : وهو المسلم فيه ، بخلاف ضمانه ؛ فإنه يصح كما سيأتي ، قال
(ع ش) : (وعليه : فالفرق بينهما : أن الحوالة بيع فصحتها تؤدي إلى الاعتياض عن المسلم
[فيه])^(١) .

قوله : (ورأس ماله الموصوف في الذمة) أي : لعدم القبض الحقيقي .
قوله : (ودين الجعالة) أي : قبل الفراغ من العمل ؛ لعدم ثبوته حينئذ ، بخلافه بعد الفراغ
منه ، ولا تصح الحوالة بدين الزكاة ولا عليه ؛ لعدم جواز الاعتياض عنها في الجملة فإن الأخذ من
غير المالك عما له على الغير في الأولى ، والدفع لغير المستحق عما على المستحق في الثانية
اعتياض ، ولأن الزكاة عبادة فاعتبر أداؤها على الوجه المأمور به .
قوله : (وتصح) أي : الحوالة .

قوله : (بالثمن في مدة الخيار) أي : وعليه ؛ فالأول بأن يحيل المشتري به البائع على ثالث ،
والثاني بأن يحيل^(٢) البائع غيره على المشتري .
قوله : (لهما ولو لوليهما) أي : البائع والمشتري .

قوله : (أو للبائع) أي : دون المشتري ، فيبطل الخيار بالحوالة بالثمن ؛ لتراضي عاقيدها ،
ولأن مقتضاها اللزوم ، فلو بقي الخيار . فات مقتضاها ، وفي الحوالة عليه يبطل الخيار في حق
البائع ؛ لرضاه بها وللمقتضى السابق ، لا في حق مشتر لم يرض بها ، فإن رضي بها . . بطل في حقه
أيضاً على المعتمد ، فإن فسخ المشتري البيع في زمن خياره . . بطلت ؛ لارتفاع الثمن ، واعترض
بأن هذا مخالف لعموم قولهم : إن الحوالة على الثمن لا تبطل بالفسخ ، وأجيب بأن الفسخ بالخيار
مستثنى من ذلك ، قيل : وهو بعيد ، ورد بعدم بعده ؛ لأنها إنما صحت لإفضاء البيع إلى اللزوم ،
فإن لم يفرض إليه . . لم تصح فالعقد مزلزل ، تأمل .

(١) حاشية الشبرايمسي (٤٢٣/٤ - ٤٢٤) .

(٢) في الأصل : (يجعل) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

وإن لم ينتقل عن ملك المشتري حينئذ ؛ لأنه آيل إلى اللزوم ، ولتوسعهم هنا في بيع الدين بالدين . . .
أغفروا هذا مع إبطالهم بيع البائع الثمن المعين في زمن خياره . (الثالث : تساويهما في القدر)
المحال به وعليه ؛

قوله : (وإن لم ينتقل) أي : الثمن .

قوله : (عن ملك المشتري حينئذ) أي : حين إذ كان في زمن الخيار ؛ لأن الحوالة متضمنة للإجازة من البائع ؛ فإن البائع إذا أحوال . . فقد أجاز فوقت الحوالة مقارنة للملك ، وذلك كافٍ ، وبهذا اندفع إشكال الصحة فيما إذا كان الخيار للبائع أو لهما ؛ فإن الثمن لم ينتقل عن ملك المشتري ، وبيان الدفع : أنه يقدر لزوم العقد قبيل الحوالة وحينئذ استقر الدين ، تأمل .

قوله : (لأنه) أي : الثمن ؛ تعليل لصحة الحوالة به في مدة الخيار .

قوله : (آيل إلى اللزوم) أي : بنفسه ؛ إذ الأصل في البيع : اللزوم والخيار عارض فيعطى حكم اللزوم ، ولا يضر عدم استقراره ؛ بمعنى : أنا لا نأمن انفساخ العقد فيه بتلف مقابله ؛ لأننا لا نعني باستقراره هنا الأمن من ذلك ، بل جواز بيعه كما مر .

قوله : (ولتوسعهم هنا) الجار والمجرور متعلق بقوله الآتي : (اغفروا) ، والضمير للأصحاب ، والمشار إليه لحوالة .

قوله : (في بيع الدين بالدين) أي : رخصة على الأصح .

قوله : (اغفروا هذا) أي : ما ذكر من الحوالة بالثمن من البائع في زمن الخيار مع كونه لم ينتقل إليه .

قوله : (مع إبطالهم) أي : الأصحاب .

قوله : (بيع البائع) بانصب : مفعول الإبطال .

قوله : (الثمن المعين) بالنصب أيضاً : مفعول البيع .

قوله : (في زمن خياره) أي : البائع ، ومقصوده بقوله : (ولتوسعهم . . .) إلخ ، الجواب عن استشكل صحة الحوالة بالثمن في مدة الخيار بامتناع بيعه فيها حيث كان الخيار للبائع ، وحاصل الجواب : أنهم لما توسعوا في بيع الدين بالدين هنا . . توسعوا فيما ذكر بخلاف ما ذكر ، وأجيب أيضاً بأنهم غلبوا النظر لشأته الاستيفاء فلا إشكال ، تأمل .

قوله : (الثالث) أي : من الشروط .

قوله : (تساويهما) أي : الدينين في نفس الأمر وعند العاقلين .

قوله : (في القدر المحال به وعليه) أي : بأن يكون قدر الدين المحال به مساوياً لقدر الدين

كتسعة على تسعة من عشرة ، والجنس (وَالصِّفَّةُ ؛ كَالْحُلُولِ وَالتَّاجِيلِ) ولو في غير الربوي ؛ لأنَّ الحوالة معاوضة إرفاق جُوزَتْ للحاجة ؛ فاعتبر فيها الاتفاق كما في القرض . نعم ؛ لا يشترط التساوي في الرهن والضمان

المحال عليه وإن لم يتساو أصل الدين كما مثله .

قوله : (كتسعة على تسعة من عشرة) أي : فإنها تصح ، بخلاف تسعة على عشرة وعكسه فإنها لا تصح .

قوله : (والجنس) فلا تصح الحوالة بدراهم على دنانير وعكسه ، وإنما سكت المصنف عن ذكر الجنس ؛ لأنه يستغنى عنه بالصفة لتناولها له لغة ، على أنه مفهوم من ذكر الصفة بالأولى ؛ وذلك لأنها تابعة ، ولا يختلف الحال باختلافها اختلافاً ظاهراً ، ومع ذلك اشترط التساوي فيها ، فلأن يشترط ذلك في الجنس المستقل ؛ ككونه ذهباً أو فضة بطريق الأولى ، تأمل .

قوله : (والصفة ؛ كالحلول والتأجيل) أي : وقدر الأجل والصحة والتكسير ، والجودة والرداءة ، وغيرها من سائر الصفات .

قوله : (ولو في غير الربوي) غاية لاشتراط التساوي في ذلك ، فلا فرق بين كون الدين ربوياً وغيره .

قوله : (لأن الحوالة معاوضة إرفاق...) إلخ ، تعليل للاشتراط المذكور .

قوله : (جوزت ؛ للحاجة) أي : وليست على قواعد المعاوضات ، بل هي خارجة عنها وصحتها مستثناة . جمل^(١) .

قوله : (فاعتبر فيها الاتفاق) أي : في القدر والجنس ، وكذا الصفة في الأصح ، فلا يصح مع تفاوتها ؛ إلحاقاً لتفاوت الوصف بتفاوت القدر .

قوله : (كما في القرض) أي : في كونه عقد إرفاق جوز للحاجة ، وأفهم اقتضاره على ما ذكر : أنه لا يضر التفاوت في غيره ، فلو كان له ألف على اثنين تضامنا فأحال عليهما شخصاً ليطالب من شاء منهما بالألف . صح على المعتمد ؛ لأنه لا زيادة في القدر ولا في الصفة ، ويطالب أيهما شاء ، وقيل : لا يصح ؛ لأنه كان يطالب واحداً فصار يطالب اثنين ، فلو أحاله ليأخذ من كل خمس مئة . برىء كل منهما عما ضمنه بلا خلاف .

قوله : (نعم ؛ لا يشترط التساوي في الرهن والضمان) استدراك على ما أفهمه اشتراط التساوي

بَلْ لَوْ أَحَالَهُ بَدِينٌ ، أَوْ عَلَى دِينٍ بِهِ رَهْنٌ ، أَوْ ضَامِنٌ . . أَنْفَكَ الرِّهْنُ ، وَبَرَى الضَّامِنُ . (الرَّابِعُ :
عِلْمُ الْمُحْتَالِ وَالْمُحِيلِ بِالتَّسَاوِي) لِلدَّيْنَيْنِ

في الصفة أنه لو كان بأحدهما رهن أو ضامن . . اشترط كون الآخر كذلك ، مع أنه ليس بشرط ، فلا يؤثر في صحة الحوالة وجود وثيقة بأحد الدينين بذلك .

قوله : (بل لو أحاله) أي : أحال المحيل المحتال .

قوله : (بدين أو على دين به رهن أو ضامن) أي : أو رهن وضامن في أحد الدينين .

قوله : (انفك الرهن وبرى الضامن) أي : كما هو المنقول المعول عليه ؛ لأن الحوالة كالقبض ؛ بدليل سقوط حبس المبيع والزوجة فيما إذا أحال المشتري بالثمن والزوج بالصداق ، وفارق المحتال الوارث في نظيره من ذلك ؛ بأن الوارث خليفة مورثه فيما ثبت له من الحقوق .

نعم ؛ محل ذلك إذا لم ينص المحيل على الضامن أيضاً ، وإلا . . لم يبرأ بالحوالة ، فإذا أحال الدائن ثالثاً على المدين وضامنه . . فله مطالبة أيهما شاء وإن لم ينص له المحيل على ذلك .

قال في « المغني » : (ولو شرط العاقد في الحوالة رهنًا أو ضمينًا . . فهل يجوز ، أم لا ؟ رجع ابن المقري الأول ، وصاحب « الأنوار » الثاني ، وحمل شيخني - أي : الشهاب الرملي - الأول على ما إذا شرط ذلك على المحال عليه ، والثاني على ما إذا شرط ذلك على المحيل ، وهو بعيد ؛ إذ المحال عليه لا مدخل له في العقد ، فالعتمد كلام صاحب « الأنوار » ^(١) ، وكذا اعتمده في « التحفة » قال : (بناء على الأصح : أنها بيع دين بدين) ^(٢) ، واعتمد الرملي حمل والده المذكور حيث قال : (وهو كلام صحيح ؛ إذ الكلام في كونه جائزاً فلا يفسد به العقد ، أو غيره فيفسده ، لا بالنظر لكونه لازماً أو لا ، فسقط القول بأنه أجنبي عن العقد) تدبر ^(٣) .

قوله : (الرابع) أي . وهو آخر الشروط حسبما ذكره المصنف ، وسيأتي في الشرح اشتراط الرضا ، لكنه معلوم من كلام المصنف كما نبه عليه الشارح .

قوله : (علم المحتال والمحيل بالتساوي للدينين) أي : الدين المحال به والدين المحال عليه ، قال ابن قاسم : (هل المراد به - أي : العلم - ما يشمل الاعتقاد والظن ؟) ^(٤) ، واستظهر (ع ش) : أنه كذلك ؛ بدليل أنه إذا أحاله فتيين أن لا دين . . بان بطلان الحوالة ؛ إذ لو

(١) مغني المحتاج (٢٥٤ / ٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٣٣ / ٥) .

(٣) نهاية المحتاج (٤٢٦ / ٤) .

(٤) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٣١ / ٥) .

فِيمَا ذَكَرَ ، فَلَوْ جَهْلَاهُ أَوْ أَحَدُهُمَا . . لَمْ تَصَحَّ الْحَوَالَةُ وَإِنْ تَسَاوَيَا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ ؛ لِأَنَّهَا مَعَاوِضَةٌ ، فَاشْتَرَطَ عِلْمُهُمَا بِحَالِ الْعَوَظَيْنِ . وَعُلِمَ مِنْ اشْتِرَاطِهِ الْإِيجَابَ وَالْقَبُولَ أَنَّهُ يَشْتَرِطُ رِضَا الْمُحِيلِ . .

اشترط لصحتها العلم . . لما تأتى ذلك^(١) .

قوله : (فيما ذكر) أي : من القدر والجنس والصفة .

قوله : (فلو جهلاه أو أحدهما) أي : المحيل والمحتال ؛ تفريع على اشتراط علمهما بذلك .

قوله : (لم تصح الحوالة) أي : لأن المجهول لا يصح بيعه إن قلنا : إنها بيع ، ولا استيفاءه إن قلنا : إنها استيفاء . « مغني »^(٢) .

قوله : (وإن تساويا) أي : الدينان .

قوله : (في نفس الأمر) أي : فلا بد هنا من ظنهما ذلك ، قال في « التحفة » : (وكان وجه اعتباره هنا دون نحو البيع : الاحتياط للحوالة ؛ لخروجها عن القياس) فليتأمل^(٣) .

قوله : (لأنها معاوضة) تعليل للمتن .

قوله : (فاشترط علمهما) أي : المحيل والمحتال .

قوله : (بحال العوضين) أي : وهما الدينان المذكوران ، فلا تصح الحوالة بإبل الدية ولا عليها ؛ كأن يجني رجل على رجل موضحة ، ثم يجني المجني عليه على آخر موضحة ، فيجب عليه خمس من الإبل ، فيحيل المجني عليه أولاً وهو الجاني ثانياً على الجاني أولاً بالخمس من الإبل . . فإنها لا تصح ؛ للجهل بها ، ولذا : لم يصح الاعتياض عنها ، قيل : فإن فرض أن صفتها علمت . . صحت الحوالة بها وعليها ، ورد بأن العلم بالصفة لا يصيرها إلى حالة تتميز بحيث يرجع فيها إلى قول أهل الخبرة ؛ لأن غايته أن يعلم بالصفة أنها من نوع كذا ، وهذا بمجرد لا يكفي لصحة السلم فيها ، وذلك ليس إلا لعدم انضباطها ، فليتأمل .

قوله : (وعلم من اشتراطه) أي : المصنف كما مر في أول الشروط .

قوله : (الإيجاب والقبول) أي : بلفظ أو ما في معناه مما يأتي في الضمان . « شرح المنهج »^(٤) .

قوله : (أنه يشترط رضا المحيل) أي : مالك الإحالة ، وكذا يقال في المحتال ، فلا يرد ما لو

(١) حاشية الشبراملسي (٤٢٥ / ٤) .

(٢) مغني المحتاج (٢٥٣ / ٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٣١ / ٥) .

(٤) فتح الوهاب (٢١٣ / ١) .

- لَأَنَّ لَهُ إِيفَاءَ الْحَقِّ مِنْ حَيْثُ شَاءَ - وَالْمَحْتَالِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحِيلِ ، فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَّا بِرِضَا دُونَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُحَلٌّ لِحَقِّ كَالْقَنْ الْمُبِيعِ .

فَكَانَ

قال في «المطلب» :

كان شخص ولي طفلين ، وثبت لأحدهما على الآخر دين فأحال الولي بالدين على نفسه أو على طفله الآخر . فإنه جائز كما نقله في « حاشية الروض » عن المرعشي^(١) ، ومعلوم : أن محله إذا كان الحظ فيه .

قوله : (لأن له) أي : للمحيل ؛ تعليل لاشتراط رضاه .

قوله : (إيفاء الحق من حيث شاء) أي : لكون الحق مرسلًا في ذمته ؛ أي : ثابتًا في ذمته غير متعلق بشيء على الخصوص ، فلم يتعين لقضائه محل معين .

قوله : (والمحتال) أي : ويشترط رضا المحتال ؛ أي : مالك الاحتيا ، فيشمل الولي إذا كان حظ المولى فيها كما مر .

قوله : (لأن حقه) أي : المحتال ؛ تعليل لاشتراط رضاه .

قوله : (في ذمة المحيل) أي : لا المحال عليه .

قوله : (فلا ينتقل إلا برضا) أي : المحتال ؛ لأن الذمم تتفاوت ، وطريق الوقوف على رضا ورضا المحيل إنما هو الإيجاب والقبول على ما مر في البيع ، وإنما عبروا هنا بالرضا ؛ توطئة لقولهم : (دون المحال عليه) وإشارة إلى أنه لا يجب على المحتال الرضا بالحوالة ، وأما الأمر الوارد في الخبر . فللاستحباب ، بل قيل : إنه للإباحة ؛ كما في : ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ .

قوله : (دون المحال عليه) أي : فإنه لا يشترط رضاه بها في الأصح ، كما في « المنهاج »^(٢) .
قوله : (لأنه) أي : المحال عليه .

قوله : (محل الحق) أي : والتصرف ، ولأن الحق للمحيل فلم يتعين استيفاؤه بنفسه ، كما له أن يوكل فيه إلا أن المحيل في الحوالة يستوفيه بغيره لغيره ، والموكل يستوفيه بغيره لنفسه أو لغيره إذا كان نحو الولي .

قوله : (كالقَنْ المبيع) أي : فإنه لا يشترط رضاه بالبيع ؛ لكونه محل الحق والتصرف .

قوله : (فائدة : قال في «المطلب») أي : ابن الرفعة في كتابه «المطلب العالي شرح على

(١) حواشي الرملي على شرح لروض (٢ / ٢٣٠) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٢٦٤) .

قبول الحوالة متضمنٌ للاعترافِ باستجماعِ شرائطِها .

وسيط الغزالي « ، قيل : إنه نحو أربعين مجلداً ، وفيه من التخريجات ما ليس في غيره ، حتى قيل : إنه زاد ثلث المذهب .

قوله : (قبول الحوالة) أي : قبول المحتال للحوالة بغير اعتراف بالدين .

قوله : (متضمن للاعتراف) أي : الإقرار ، يقال : اعترف بالشيء : أقر به على نفسه .

قوله : (باستجماع شرائطها) أي : شرائط صحة الحوالة ، قال : فيؤاخذ بذلك لو أنكر المحال عليه ، وهل له تحليف المحيل أنه لا يعلم براءته ؟ فيه وجهان . انتهى ، والأوجه كما في « التحفة » وغيرها : أن له ذلك ، قال : (وعليه : فلو نكل .. حلف المحتال كما هو ظاهر ، وبان بطلان الحوالة ؛ لأنه حينئذ كرد المقر له الإقرار)^(١) .

حَاجَاتُ

نسأل الله حسنها

يبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال والمحال عليه عن دين المحيل ، ويتحول حق المحتال إلى ذمة المحال عليه بالإجماع ؛ لأن هذا فائدتها ، والمراد بتحول حقه إلى ما ذكر : تحول طلبه إلى نظير حقه وهو ما بذمة المحال عليه ؛ لما تقرر : أنها بيع ، فلو تعذر أخذه من المحال عليه بفلسٍ أو جَحْدٍ للدين أو للحوالة وحلف ونحوهما . . لم يرجع على المحيل ؛ ولذا : قال في « البهجة » :

وحولت حقاً لمحتال إلى ذمة من عليه يحتال فلا

رجعنى له إن كان أو قد صاراً مفلساً أو تدرع الإنكاراً^(٢)

وذلك لأن الحوالة [بمنزلة] القبض وقبولها متضمن للاعتراف بشروطها كما مر عن « المطلب » ، ولأنه عقد لازم لا يفسخ بفسخهما ، ولأنه لو كان له الرجوع . . لما كان لذكر الملاءة في الخبر فائدة ؛ لأنه إن لم يصل إلى حقه . . رجع به ، فعلم بذكرها أن الحق انتقل انتقالاً لا رجوع به ، وأن فائدة ذكرها حراسة الحق ، فإذا كان المحال عليه مليئاً . . حرس حقه عن الضياع ؛ إذ لو لم يكن مليئاً . . ضاع حقه ؛ لعدم الرجوع له ، تأمل ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) تحفة المحتاج (٢٣٥/٥) .

(٢) بهجة الحاوي (ص ١٠١) .

(فَضْلٌ)

في الضَّمانِ

وهو لغةً : الالتزامُ ، وشرعاً : يقالُ لالْتِزامِ دينٍ ثابتٍ في ذِمَّةِ الْغَيْرِ ، وإلْحِضارٍ مَنْ يَسْتَحِقُّ حضورَهُ ، أو عينٍ مضمونةٍ ، وللعقدِ
.....

قوله : (فصل : في الضمان) ذكر عقب الحوالة ؛ لما فيه من تعلق الأحكام بالديون ، ومن تحول الحق إلى ذمة أخرى ، ومن مطالبة من لم يكن له مطالبة قبله ، وغير ذلك ، ولا يرد على ذلك أنه لا تحول فيه ، وإنما فيه شغل ذمة أخرى مع بقاء شغل الأولى ؛ لأن بقاء شغل الأولى وإن منع تحوله حقيقة .. لا يمنع تحوله ؛ بمعنى : التزام الذمة الأخرى له ، تدبر .

قوله : (وهو لغة : الالتزام) يقال : ضمنت المال وبه ضماناً : التزمته ، ويتعدى بالتضعيف فيقال : ضمنت : ألزمته إياه .

قوله : (وشرعاً : يقال لالْتِزامِ دينٍ ثابتٍ في ذمة الغير) المراد بـ (الدين) : ما قابل العين فيشمل المنفعة ، وسمي هذا الالتزام بالضمان ؛ لأن من التزم مال غيره .. فقد جعله في ذمته ، وكل شيء جعلته في شيء فقد ضمته إياه ، فهو من الضمن ، والقول بأن الضمان مأخوذ من الضم غلطه في « المصباح » من جهة الاشتقاق ؛ لأن نون الضمان أصلية ، والضم ليس فيه نون ، فهما مادتان مختلفتان ، تدبر^(١) .

قوله : (وإلْحِضارٍ مَنْ يَسْتَحِقُّ حضوره) أي : والتزام إحضار ... إلخ ، فهو عطف (على دين) ، فلو حذف اللام .. لكان أولى .

قوله : (أو عين مضمونة) عطف على (من يستحق حضوره) ، وسيذكرهما المصنف في الفصل الآتي ، وبه يعلم : أن الأولى للمصنف أن يترجم هنا بالباب أو الكتاب كما صنع به غيره .

قوله : (وللعقد ...) إلخ ، عطف على (لالْتِزامِ) ، وظاهره : أن هناك عقداً غير الالتزام السابق مركباً من إيجاب وقبول ، وهو ما فهمه الرشدي ، لكنه إنما يتمشى على الضعيف : أنه يشترط فيه قبول المضمون له ، والذي قاله (ع ش) : (أن الضمان يطلق على كل من الضمان والأثر ، وهو الحاصل بالمصدر)^(٢) فالضمان بمعنى العقد هو المصدر ، وبمعنى الالتزام هو الحاصل به ؛ لأن العقد يحصل به الالتزام ، وهو أوفق بما مر في الحوالة ، وبتعبيرهم : (يحصل به ذلك) دون (يشتمل) .

(١) المصباح المنير ، مادة : (ضمن) .

(٢) حاشية الشبرايملسي (٤٣٢/٤) .

الذي يحصل به ذلك . (وَيَصِحُّ الضَّمَانُ بِشُرُوطٍ : الْأَوَّلُ : كَوْنُ الضَّامِنِ أَهْلًا لِلتَّبَرُّعِ) وَهُوَ : الْمَكْلَفُ

نعم ؛ إنما يتم ذلك على طريقة من يقول : إن المصدر والحاصل به واحد بالذات مختلفان بالاعتبار ، وفيه كلام مشهور .

قوله : (الذي يحصل به ذلك) أي : الالتزام ، ويسمى الملتزم لذلك : ضامناً وضميناً ، وحميلاً وزعيماً ، وكافلاً وكفياً ، وصبيراً وقبيلاً ، قال الماوردي : غير أن العرف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحميل في الديات ، والزعيم في الأموال العطاء ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع ، وكالضمين فيما قاله الضامن ، وكالكفيل الكافل ، وكالصبير القبيل ، قال ابن حبان في « صحيحه » : والزعيم لغة أهل المدينة ، والحميل لغة أهل مصر ، والكفيل لغة أهل العراق . انتهى شيخ الإسلام ^(١) .

قوله : (ويصح الضمان بشروط) أي : عشرة كما عده المصنف على ما سيأتي من تكرار التاسع مع الرابع ، ولم يصرح بأركانه ، وهي خمسة : ضامن ، ومضمون له ، ومضمون عنه ، ومضمون به ، وصيغة ، وكلها تؤخذ من كلامه كما استراه ، على أنه صرح بالصيغة ، والأصل فيه قبل الإجماع أخبار :

منها : (أنه صلى الله عليه وسلم تحمل عن رجل عشرة دنانير) رواه الحاكم بإسناد صحيح ^(٢) .
ومنها : الخبر المتفق عليه في امتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة على جنازة من عليه ثلاثة دنانير ديناً ، حتى قال له أبو قتادة : (صل عليه يا رسول الله وعلي دينه) فصلى عليه ^(٣) ، واستدل له بعضهم بآية : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَهُ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾ ، وهو مبني على أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا ورد في شرعنا ما يقرره ، وهو ضعيف ، والصحيح كما في الأصول خلافه .

قوله : (الأول) أي : من الشروط العشرة .

قوله : (كون الضامن أهلاً للتبرع) هو أولى من التعبير بالرشد ؛ لأنه يقتضي عدم صحة ضمان السفیه المهمل مع أنه صحيح ، ويقتضي أيضاً صحة ضمان المريض ، أفاده الجمل ^(٤) .

قوله : (وهو) أي : أهل التبرع .

قوله : (المكلف) أي : بأن يكون بالغاً عاقلاً .

(١) أسنى المطالب (٢ / ٢٣٥) .

(٢) المستدرک (١٠ / ١١) عن سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما .

(٣) صحيح البخاري (٢٢٩١) عن سيدنا سلمة بن الأكوع رضي الله عنه .

(٤) فتوحات الوهاب (٣ / ٣٧٨) .

المختارُ الرَّشِيدُ المتصرفُ لنفسِهِ ، فلا يصحُّ مِنْ غيرِ مكلفٍ إِلَّا السَّكرانُ المتعدِّي ، ولا مِنْ مُكرِهٍ وَإِنْ أكرهَهُ السَّيِّدُ ، ولا مِنْ محجورٍ عليه لِسَفَهٍ

قوله : (المختار) أي : بأن يكون غير مكره .

قوله : (الرشيد) أي : بأن يكون غير محجور عليه لسفه .

قوله : (المتصرف لنفسه) أي : بأن يكون حراً غير ولي ، قال أبو زرعة : فخرج الولي ، ومعناه كما قاله (سم) : (أنه ليس له أن يصير المولى ضامناً ؛ كأن يقول : جعلته ضامناً)^(١) .

قوله : (فلا يصح) أي : الضمان .

قوله : (من غير مكلف) أي : كصبي ومجنون ، ولو ادعى الضامن كونه صبياً أو مجنوناً وقت الضمان . . صدق بيمينه إن أمكن الصبا وعهد الجنون ، بخلاف ما لو ادعى ذلك بعد تزويج أمته . . فإنه يصدق الزوج وإن أمكن الصبا وعهد الجنون ؛ كما دل عليه كلام الرافعي قبيل (الصداق) إذ الأنكحة يحتاط لها حال الإقدام عليها ، فالظاهر : وقوعها بشروطها وإن نظر في ذلك الأذرعى بأن أكثر الناس يجهل الشروس ، والغالب على العقود التي ينفرد بها العوام الاختلال . انتهى « نهاية » و « مغني » بزيادة من « ع ت »^(٢) .

قوله : (إلا السكران المتعدّي) أي : فإنه يصح ضمانه كسائر تصرفاته ، قال الحلبي : (ولو ضمن حال سكره ، واختفا في التعدي وعدمه . . صدق مدعي عدم التعدي ؛ لأنه الأصل) ، نقله الجمل وأقره^(٣) .

قوله : (ولا من مكره) أي : ولا يصح الضمان منه إلا إذا كان بحق ؛ كأن نذر أن يضمن فلاناً فامتنع ، فأكرهه الحاكم على الضمان فضمن . . فإنه يصح كما نقله الجمل من خط شيخه الأشبولي^(٤) .

قوله : (وإن أكرهه السيد) أي : ولو كان المكره قناً أكرهه على الضمان سيده . . فإنه لا يصح أيضاً ، قال في « النهاية » : (لأنه لا تسلط له على ذمته ، بخلاف بقية الاستخدامات)^(٥) .

قوله : (ولا من محجور عليه لِسَفَهٍ) أي : ولا يصح الضمان منه ، وخرج به : المحجور عليه

(١) حاشية ابن قاسم على الفر (٤٢١/٥ - ٤٢٢) .

(٢) نهاية المحتاج (٤٣٤/٤) ، مغني المحتاج (٢٥٨/٢) ، حاشية الشبرايملي (٤٣٤/٤) .

(٣) فتوحات الوهاب (٢٧٨/٣) .

(٤) فتوحات الوهاب (٢٧٨/٣) .

(٥) نهاية المحتاج (٤٣٦/٤) .

وإن أذن وليه ، ولا من قن بأنواعه ، ومُبْعَضٍ في غير نوبته إلا بإذن سيده . (الثاني : كَوْنُ الْمُضْمُونِ دَيْنًا ثَابِتًا) أي : واجباً حال الضمان كمنفعة ثابتة في الذمة

بفلس فإنه يصح ضمانه في الذمة كشرائه بثمن فيها ، ويطلب بما ضمنه إذا انفك الحجر وأيسر .
قوله : (وإن أذن وليه) أي : في الضمان ؛ لأنه إيجاب مالي فأشبه البيع ، ولأنه تبرع وهو لا يصح منه ولو بإذن الولي .

قوله : (ولا من قن بأنواعه) أي : ولا يصح الضمان منه ولو مكاتباً ومأذوناً له في التجارة ؛ لأن الضمان إثبات مال في الذمة بعقد فأشبهه النكاح ، وإنما صح خلع أمة بمال في ذمتها ؛ لأنها قد تضطر إليه لنحو سوء عشرته ، ومع ذلك إنما تطالب بعد العتق واليسار .

قوله : (ومُبْعَضٍ في غير نوبته) أي : أو لم يكن بينهما مهياة ، وفارق صحة شرائه لنفسه بغير إذن ولو في نوبة السيد ؛ بأن الضمان فيه التزام مال في الذمة على وجه التبرع وهو ليس من أهله حينئذ ، بخلاف الشراء ، وصحة هبته كذلك ؛ بأن الضمان يتوجه إلى كسبه بعد الضمان وكسبه بعده حق للسيد فاعتبر إذنه ، والهبة تصرف في خالص ملكه فلا مانع ، تدبر .

قوله : (إلا بإذن سيده) أي : فإن أذن له . . صح ضمانه ؛ لأن المنع إنما كان لحقه وقد زال بالإذن .

نعم ؛ لا يصح ضمانه للسيد ؛ لأنه يؤدي من كسبه وهو لسيد ، فهو كما لو ضمن المستحق لنفسه .

قوله : (الثاني) أي : من الشروط العشرة .

قوله : (كون المضمون ديناً) به يعلم شرط المضمون عنه ؛ وهو كونه مديناً .

قوله : (ثابتاً ؛ أي : واجباً حال الضمان) أي : خلافاً للقول القديم فإنه صحح ضمان ما سيجب وإن لم يجر سبب وجوبه ؛ لأن الحاجة قد تدعو إليه .

قوله : (كمنفعة ثابتة في الذمة) أي : كالعمل الملتزم في الذمة بالإجارة أو المساقاة ، وكدين الله تعالى ؛ كالزكاة والكفارة ، وفارق الحوالة بها حيث لم تصح كما مر ؛ بأن المحال عليه يؤدي عن جهة نفسه لا عن جهة المحيل ، والضامن يؤدي عن جهة المضمون عنه ، قال الأسنوي : (ولا بد من الإذن في أداء الزكاة لأجل النية إلا أن تكون عن ميت ؛ لجواز الاستقلال بها عنه) (١) ، قال في « التحفة » : (ومثلها الكفارة) (٢) .

(١) المهمات (٤٩٧/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٤٧/٥) .

(فَلَا يَصِحُّ ضَمَانٌ مَا سَيَقْرَضُهُ) أَوْ سَيَبِيعُهُ ، وَلَا نَفَقَةُ الْغَدِ لِلزَّوْجَةِ وَخَادِمِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَوْثِيقٌ فَلَا يَتَقَدَّمُ ثَبُوتُ الْحَقِّ كَالشَّهَادَةِ ، وَيَكْفِي فِي ثَبُوتِهِ اعْتِرَافُ الضَّامِنِ ، وَقِيَاسُ مَا مَرَّ آنِفًا عَنِ « الْمَطْلَبِ » :

قوله : (فلا يصح ضمان ما سيقرضه أو سيبيعه) أي : لأنه لا يسمى ديناً فضلاً عن كونه ثابتاً .
قوله : (ولا نفقة الغد) أي : ولا يصح ضمانها وإن جرى سبب وجوبها ، بخلاف نفقة اليوم فإنها يصح ضمانها ؛ لوجوبها فإنها تجب بطلوع الفجر ، سواء كانت نفقة الموسرين أم غيرهم .

قوله : (للزوجة وخادمها) أي : بخلاف نفقة القريب فلا يصح ضمانها مطلقاً ؛ أي : سواء كانت عن اليوم أم غيره ؛ لأن سبيلها سبيل البر والصلة لا الديون ، ومن ثم تسقط بمضي الزمان وبضيافة الغير ، ولأنها مجهولة .

قوله : (لأنه) أي : انضمام ؛ لتعليل لعدم صحته فيما ذكر .

قوله : (توثيق) أي : للحق .

قوله : (فلا يتقدم ثبوت الحق كالشهادة) أي : فإنها لا تصح قبل البيع مثلاً ، وإنما صح ضمان الدرك في المذهب وإن لم يكن له حق ثابت ؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ، ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقاً ولا يظفر به ؛ فاحتيج إلى التوثيق على أنه ليس من ضمان ما لم يجب مطلقاً ؛ لأن المقابل لو خرج عما شرط . تبين وجوب رد المضمون ، ومحل صحته بعد قبض ما يضمن ؛ كأن يضمن لمشتري الثمن أو لبائع المبيع إن خرج مقابله مستحقاً ، أو معيياً ورُدد ، أو ناقصاً ؛ لنقص صفة شرطت أو صنجة ، ولو ضمن ذلك قبل قبض المضمون . . لم يصح ؛ لأنه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع أو المشتري .

قوله : (ويكفي في ثبوته) أي : الدين .

قوله : (اعتراف الضامن) أي : بذلك الدين وإن لم يثبت على المضمون [عنه] شيء ، فلو قال شخص : لزيد على عمرو مئة وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو الدين الذي اعترف به الضامن . . فلزيد مطالبة القائل كما ذكره الراعي^(١) ، ولا رجوع له إذا غرم كما قاله (ع ش)^(٢) .

قوله : (وقياس ما مر آنفاً عن « المطلب ») أي : من أن قبول الحوالة متضمن للاعتراف باستجماع شرائطها .

(١) الشرح الكبير (٣٦٣/٥) .

(٢) حاشية الشيرازي (٤٢٨/٤) .

أَنَّ قَبُولَ الضَّمانِ متضمنٌ للاعترافِ باستجماعِ شرائطِهِ . (الثَّالِثُ : كَوْنُهُ لَازِماً) بِالْأَيِّ تَسْلُطَ عَلَى فسخِهِ وَإِنْ لَمْ يَسْتَقِرَّ ؛ كَصَدَاقٍ قَبْلَ وَطْءٍ ، وَثَمَنِ مَبِيعٍ لَمْ يَقْبَضْ

قوله : (أن قبول الضمان) كذا في « الفتح »^(١) ، والذي في « التحفة » وغيرها : (أن الضمان . . .) إلخ بحذف لفظة (القبول)^(٢) ، وهو الأصوب ، فليتأمل .

قوله : (متضمن للاعتراف باستجماع شرائطه) أي : الضمان ، قد يؤخذ من ذلك : أنه لو ادعى المضمون عنه أنه أدى الذي اعترف به الضامن قبل صدور الضمان وأثبت ذلك بيينة . . أنه يتبين بطلان الضمان كما في نظيره من الحوالة ، بخلاف ما لو أنكر أصل الدين وحلف عليه . . فإن ذلك لا يقدح في صحة الضمان ؛ كما في نظيره من الحوالة (م ر) . انتهى (سم)^(٣) .

قوله : (الثالث) أي : من الشروط .

قوله : (كونه لازماً) أي : فلا يصح ضمان الدين غير اللازم إذا لم يؤل إليه كما يعلم مما يأتي ؛ كنجوم المكاتب فإنه لا يصح ضمانها كما لا يصح الرهن بها ؛ بجامع أن كلا منهما للتوثق ، قال في « المغني » : (ويصح الضمان عن المكاتب بغيرها لأجنبي لا للسيد ؛ بناء على أن غيرها يسقط أيضاً عن المكاتب بعجزه ، وهو الأصح)^(٤) .

قوله : (بالأي تسلط على فسخه) أي : الدين بغير سبب ، لهذا بيان للرد من اللزوم هنا .

قوله : (وإن لم يستقر) دفع به ما يقال : لا حاجة للجمع بين قوله : (لازماً) وقوله : (ثابتاً) إذ اللازم لا يكون إلا ثابتاً ، وحاصل الدفع : أن اللازم قد يطلق باعتبار ما رُضِعَ ذلك ؛ فثمن المبيع يقال له : (لازم) باعتبار أن وضعه ذلك ولو قبل قبض المبيع مع أنه ليس ثابت ، فأحدهما لا يغني عن الآخر . (ع ش)^(٥) .

قوله : (كصداق قبل وطء) أي : أو قبل موت فإنه يصح ضمانه حيثئذ ؛ للحاجة إلى التوثق ؛ لأنه آيل إلى الاستقرار .

قوله : (و ثمن مبيع لم يقبض) أي : فإنه يصح ضمانه كما سيأتي في المتن ، ومثله دين السلم كما في « المغني »^(٦) .

(١) فتح الجواد (١ / ٤٩٦) .

(٢) تحفة المحتاج (٥ / ٢٤٦) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٥ / ٢٤٦) .

(٤) مغني المحتاج (٢ / ٢٦١) .

(٥) حاشية الشيرازي (٤ / ٤٤١) .

(٦) مغني المحتاج (٢ / ٢٦١) .

(فَلَا يَصِحُّ بِالْجُعْلِ قَبْلَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ) ولو بعد الشروع فيه ؛ لتمكّن من هو عليه من إسقاطه ، ولا معنى للتوثق به (وَيَصِحُّ ضَمَانُ الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ) الَّذِي لِلْمَشْتَرِي ؛ لوجوبه حينئذ مع كونه آيلاً للزوم بنفسه عن قرب ، فأحتيج للتوثق فيه ، بخلافه

قوله : (فلا يصح بالجعل) أي : جعل الجعالة كالرهن به .

قوله : (قبل الفراغ من العمل) أي : بخلاف ضمان ذلك بعد الفراغ من العمل فإنه يصح للزومه .

قوله : (ولو بعد الشروع فيه) أي : في العمل ، فلو قال شخص : من رد عيدي فله دينار فضمنه عنه ضامن قبل مجيء العبد . . لم يصح ؛ لأنه غير لازم كمال الكتابة ، والفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار : أنه لا يصير إلى الزوم إلا بعد العمل ، بخلاف الثمن فإنه يؤول إليه بنفسه كما سيأتي . « مغني »^(١) .

قوله : (لتمكّن من هو عليه من إسقاطه) أي : الجعل مع كونه لا يؤول إلى الزوم بنفسه ، بل بالعمل كما تقرر .

قوله : (ولا معنى للتوثق به) أي : الجعل أيضاً فإن الضمان فيه شغل ذمة ، فاحتيط له باشتراط عدم قدرة المضمون عنه على إسقاطه ؛ لئلا يغرم ثم يحصل الإسقاط فيتضرر الضامن حينئذ بفوات ما أخذ منه لا لمعنى ، تأم .

قوله : (ويصح ضمان الثمن) أي : للبائع .

قوله : (في مدة الخيار) أي : وقبل قبض المبيع .

قوله : (الذي للمشتري) أي : وحده ، وسيأتي محترز هذا القيد .

قوله : (لوجوبه حينئذ) أي : حين إذ كان الخيار للمشتري وحده .

قوله : (مع كونه آيلاً للزوم بنفسه عن قرب) أي : فألحق باللازم . « مغني »^(٢) .

قوله : (فأحتيج للتوثق فيه) أي : في الثمن زمن الخيار ، ولا نظر هنا وفيما مر في الصداق قبل الدخول إلى احتمال سقوطهما ، كما لا نظر إلى احتمال سقوط اللازم والمستقر بالإبراء والرد بالعيب ونحوهما ، أفاده في « الأسنى »^(٣) .

قوله : (بخلافه) أي : الثمن ، وهذا محترز قوله : (الذي للمشتري) .

(١) مغني المحتاج (٢/٢٦٢) .

(٢) مغني المحتاج (٢/٢٦٢) .

(٣) أسنى المطالب (٢/٢٣٩) .

في زمن خيارهما وخيار البائع ؛ لعدم ملكه له ، فهو ضمان ما لم يجب . (الرابع : كونه معلوماً للضامن) عيناً وجنساً ، وقدراً وصفة ، فلا يصح ضمان أحد الدينين مبهماً ،

قوله : (في زمن خيارهما) أي : المشتري والبائع معاً .

قوله : (وخيار البائع) أي : وزمن خياره وحده ، فلا يصح ضمان الثمن في الصورتين .

قوله : (لعدم ملكه له) أي : لعدم ملك البائع للثمن .

قوله : (فهو ضمان ما لم يجب) وهو لا يصح ؛ فإن الثمن في الصورة الأولى موقوف ، وفي الثانية ملك المشتري ، فلا ثمن عليه حتى يضمن ، وبالإجازة يملكه البائع ملكاً مبتدأ لا تبنياً كما مر ، وقول الشيخين عن المتولي : (يصح الضمان هنا بلا خلاف) مفرع على الضعيف : أنه مع ذلك ملك للبائع .

نعم ؛ لو قيل فيما إذا تخيراً : إن الضمان يوقف ؛ فإن بان ملك البائع له لوجود الإجازة بانت صحة الضمان ، وإلا فلا . لم يبعد ؛ لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر . انتهى « تحفة » بنوع تصرف^(١) .

قوله : (الرابع) أي : من الشروط العشرة .

قوله : (كونه معلوماً للضامن) أي : فقط ، زاد شيخ الإسلام شرطاً آخر ، وهو : قبوله لأن يتبرع به ، فخرج به : القود وحد القذف ، ونحوهما^(٢) ، وهو متابع فيه للغزالي ، قيل : إن هذا الشرط ضرره أكثر من نفعه ؛ لأنه أورد على طرده حق القسم فإن لها أن تتبرع به ولا يصح ضمانه لها ، وعلى عكسه دين الله تعالى ؛ كزكاة فإنه يصح ضمانه مع أنه لا يصح التبرع به ، ولذلك أهمله الشيخان ، وأجيب عن الأول بأن عدم صحة ضمانه ؛ لكونه غير دين ، فهو خارج عن الموضوع فلا يرد ، ولو سلم عدم خروجه عنه . فالجواب : أنه لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط ، وأجيب عن الثاني بأن عدم صحة التبرع به لعارض وبينائه على الغالب ، تأمل .

قوله : (عيناً وجنساً وقدراً وصفة) أي : خلافاً لقول الزركشي : المذهب : جواز ضمان ما علم قدره وإن جهل صفته . « تحفة »^(٣) .

قوله : (فلا يصح ضمان أحد الدينين مبهماً) مفرع على اشتراط العلم عيناً ؛ لأنه غير معين .

(١) تحفة المحتاج (٢٥٢/٥) .

(٢) فتح الوهاب (٢١٥/١) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٥٣/٥) .

ولا ضمان مجهول من كل وجه ، بخلافه من بعض الوجوه ؛ كالأرش ، والحكومة ، وإبل الدية .
(الخامس : معرفة المضمّن له) بعينه وإن لم يعرف نسبه ؛

قوله : (ولا ضمان مجهول من كل وجه) مفرع على اشتراط العلم جنساً . . إلخ ؛ وذلك لأن الضمان إثبات مال في الذمة بعقد فلم يصح مع الجهل كما في البيع وغيره ، قال في « التحفة » : (نعم ؛ [لو] قال جاهل القدر : ضمنت لك الدراهم التي على فلان . . كان ضامناً لثلاثة على الأوجه ؛ أي : لأنها داخله في اللفظ بكل حال ، وكذا لو أبرأه من الدراهم ، ولا نظر لمن يقول : أقل الجمع اثنان ؛ لأنه شذ ، ومن ثم : لو قال : له علي دراهم . . لزمه ثلاثة ، وفارق : آجرتك الشهور - حيث لم يصح عقد الإجارة ؛ حملاً للشهور على ثلاثة - بأنه عقد معاوضة محضة ، فإن قلت : قد يكون ما على الأصيل دون ثلاثة . . قلت : يؤخذ الضامن بإقراره بأنها على الأصيل ، وأيضاً : فمن ضمن ثلاثة . . ضمن دونها بالأولى) تأمل ^(١) .

قوله : (بخلافه) أي : المجهول .

قوله : (من بعض الوجوه ؛ كالأرش والحكومة وإبل الدية) أي : فإنه يصح ضمانها كالإبراء عنها ؛ لأنها معلومة السن والعدد ، ولأنه قد اغتفر جهل صفتها في إثباتها في ذمة الجاني ، فيغتفر في ضمانها والإبراء عنها تبعاً له ، ويرجع في صفتها إلى غالب إبل البلد ، ويرجع ضامنها حيث ضمن بالإذن وغرمها بمثلها لا القيمة كما في القرض على المعتمد .

نعم ؛ لا يصح ضمان الدية عن العاقلة قبل الحلول ؛ لأنها غير ثابتة بعد ، ولو سلم ثبوتها . . فليست بلازمة ولا آيلة إلى اللزوم عن قرب ، وبه فارق الثمن في مدة الخيار ، تأمل .

قوله : (الخامس) أي : من الشروط العشرة .

قوله : (معرفة المضمّن له) أي : معرفة الضامن المضمّن له كما أفصح به في « التنبيه » و « الحاوي » فأضاف المصدر إلى المفعول ، وهو قليل . « مغني » ^(٢) .

قوله : (بعينه) فلا يكفي اسمه ونسبه ، وظاهر كلامهم : وإن اشتهر بذلك شهرة تامة كساداتنا العلوية ، قال (ع ش) : (ولو قيل بالاكْتفاء بذلك . . لم يكن بعيداً ؛ لأن من اشتهر بما ذكر . . يعرف حاله أكثر مما يدرك منه بمجرد المشاهدة) ^(٣) .

قوله : (وإن لم يعرف نسبه) أي : المضمّن له ولا معاملته ، وقيل : لا بد من معرفتهما ، وبه

(١) تحفة المحتاج (٢٥٣/٥) .

(٢) مغني المحتاج (٢٥٩/٢) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٤٣٧/٤) .

لتفاوت الناس في الاستيفاء تسهياً وتشديداً ، فالضمان مع ذلك غررٌ ، فلا حاجة إلى احتماله .
ومن ثم لم تغن معرفة وكيله عن معرفته على الأوجه ،

قطع جمع ، منهم : المحاملي وإسماعيل الحضرمي ، قال الريمي : (وهو الراجح عندي ؛ إذ لا فائدة في مشاهدة من لا يعرف معاملته) .

قوله : (لتفاوت الناس في الاستيفاء) أي : المطالبة ؛ تعليل للمتن .

قوله : (تسهياً وتشديداً) أي : بعضهم يُسهّل في ذلك وبعضهم يشدد ، قال في « حاشية الروض » : (وجه الاكتفاء بمعرفة عينه : أن الظاهر عنوان الباطن ، فيضنه بها إن طلبه للدين على وجه السهولة .. فيضمن ، أو على وجه الشدة .. فلا يضمن)^(١) .

قوله : (فالضمان مع ذلك) أي : تفاوت الناس ... إلخ .

قوله : (غرر) أي : خطر .

قوله : (فلا حاجة إلى احتماله) أي : الغرر ؛ فقد قيل : الضمان وله شهامة وأوسطه ندامة وآخره غرامة ، ومع هذا هو سنة ؛ أخذاً من الحديث السابق مع قولهم لآتي : (إنه معروف) ، قال في « التحفة » : (ويتجه : أن محله في قادر عليه يأمن غائلته)^(٢) أي : فساده وشره ، قال (ع ش) : (ومنها : ألا يكون مال المضمون عنه إذا ضمن بإذنه فيه شبهة سلم منها مال الضامن)^(٣) .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل التعليل المذكور .

قوله : (لم تغن معرفة وكيله) أي : وكيل المضمون له في المعاملات .

قوله : (عن معرفته) أي : بل لا بد من معرفة المضمون له نفسه .

قوله : (على الأوجه) أي : كما أفتى بذلك العز بن عبد السلام وغيره ، واعتمده الشارح في كتبه كشيخه في « شرح المنهج » لأنه قد يعزله^(٤) ، وخالف ذلك التقي ابن الصلاح فأفتى بالاكتفاء بمعرفة وكيله ، ووقع بينه وبين ابن عبد السلام في هذه المسألة محاورات ، انتصر له الأذرعى فقال : (الظاهر المختار : الصحة ؛ لأن أحكام العقد تتعلق بالوكيل ، وقد وقع الإجماع الفعلي على المعاملة للأيتام والمحجورين الذين لا يعرفهم المدين بحال ، والممارة فيه جمود لا يليق بابن عبد السلام فمن دونه) انتهى ، وكذا اعتمده الرملي والخطيب^(٥) ، قال : (لأن كثيراً من الناس

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٢٣٦/٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٤١/٥) .

(٣) حاشية الشيراملي (٤٣٣/٤) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٤٥/٥) ، فتح الوهاب (٢١٤/١) .

(٥) نهاية المحتاج (٤٣٧/٤) .

ولا يُشترط رضاؤه ، ولا رضا الأصيل ، ومعرفة ؛ لجواز أداء دين الغير مع عدميهما . ويلزم رب الدين

لا يوكل إلا من هو أشد منه في الطلب ، فيكون الموكل أسهل في ذلك غالباً) انتهى^(١) ، وسكت في « الغرر » و « الأسنى » عن الترجيح^(٢) ، فرحم الله الجميع ونفعنا بهم .

قوله : (ولا يشترط رضا) أي : المضمون له ، ولا قبوله لفظاً في الأصح ؛ لأن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه ، ولم يوضع على قواعد المعاملات ؛ فيصح الضمان مع سكوت المضمون له ، بل قال في « التحفة » : (إنه لا يؤثر رده ، فنقل الزركشي عن المحاملي تأثيره إنما يأتي على الضعيف : أنه بشرط رضا ، والفرق بينه وبين الوكيل ظاهر) انتهى^(٣) ؛ أي : لأن الضمان من التبرع ، والتوكيل شبيه بالاستخدام ، لكن وجه (ع ش) التأثير بأنه إذا أبرأ الضامن . . برىء ، وبقي حقه على من عليه الدين ، فردده منزل منزلة إبرائه ، فلا يلزم من عدم اشتراط الرضا لصحة الضمان كونه لا يرتد بالرد ، فليتأمل^(٤) .

قوله : (ولا رضا الأصيل) أي : ولا يشترط رضا الأصيل الذي هو المضمون عنه - أي : المدين - قطعاً كما في « المهاج »^(٥) .

قوله : (ومعرفة) أي : ولا يشترط معرفة الضامن الأصيل في الأصح كما في « المنهاج »^(٦) أيضاً .

نعم ؛ يشترط كونه مديناً كما مر ، قال في « المغني » : (والثاني : يشترط ليعرف هل هو موسر أو ممن يبادر إلى قضاء دينه أو يستحق اصطناع المعروف [أو لا])^(٧) ، وسيأتي رده .

قوله : (لجواز أداء دين الغير مع عدميهما) أي : عدم رضا الغير وعدم معرفته فالتزامه أولى ؛ وكما يصح الضمان عن الميت اتفاقاً وإن لم يخلف وفاء ، ولأنه ليس في الضمان معاملة ، ولأن الضمان معروف مع المضمون عنه وهو يفعل مع أهله وغير أهله ، وبه يرد القول باشتراط معرفته ، تأمل .

قوله : (ويلزم رب الدين) أي : مالك الدين ؛ وهو الدائن .

(١) مغني المحتاج (٢/٢٥٩) .

(٢) الغرر البهية (٥/٤٢٦-٢٧) ، أسنى المطالب (٢/٢٣٦) .

(٣) تحفة المحتاج (٥/٢٤٥-٢٤٦) .

(٤) حاشية الشيرازي (٤/٤٣٨) .

(٥) منهاج الطالبين (ص ٢٦٦) .

(٦) منهاج الطالبين (ص ٢٦٦) .

(٧) مغني المحتاج (٢/٢٦٠) .

قَبُولُ أَداءٍ قاضٍ - أي : قاضٍ لِلدَّيْنِ - أو ضامنٍ إِنْ أَذِنَ الْمَدِينُ ، وإِلَّا . . . جازَ الْقَبُولُ . ويُشترطُ في الإِبراءِ عِلْمُ الدَّائِنِ - وإنَّ جهَلَ وكيْلَهُ - بِالَّذِينَ جنساً ونوعاً وصفةً إِلَّا في نحوِ إِبِلِ الدَّيَّةِ ، أمَّا الْمَبْرَأُ . . .

قوله : (قبولُ أداءٍ قاضٍ) يعني : لو قضى شخص ديناً على رجل بإذنه . . . لزم رَبُّ الدين قبولُ المال الذي يؤديه له الشخص المذكور .

قوله : (أي : قاضٍ للدين) فسر به ؛ دفعاً لما قد يتوهم أن المراد بـ (القاضي) في كلامه : الحاكم .

قوله : (أو ضامنٍ) أي : أو أداء ضامن للدين .

قوله : (إنَّ أَذنَ المدينِ) أي : في الأداء ، وهذا قيد للزوم القبول في الصورتين ؛ وذلك لأنَّ ما يؤديه في حكم ملك المضمون .

قوله : (وإِلَّا . . . جازَ القبول) أي : وإن لم يكن الأداء بإذن المدين . . . لم يلزم المدين القبول ، بل له أن يقبل وأن يمتنع ، قال في « الأسنى » : (وله في صورة الضمان أن يطالب الشخص المذكور وأن يتركه)^(١) .

قوله : (ويشترط في الإبراء) أي : من الدين ، يقال : برىء زيد من دينه يبرأ من باب تعب : سقط عنه طلبه ، وأبرأته منه وبرأته بالثقليل : جعلته بريئاً منه .

قوله : (علمُ الدائن) الظاهر : أن المراد بالعلم هنا : ما يشمل الاعتقاد والظن ، نظير ما مر في (الحوالة) الذي استظهره (ع ش) .

قوله : (وإن جهَلَ وكيْلَهُ) أي : فلا يشترط علم وكيل الدائن في الإبراء . شرواني^(٢) .

قوله : (بالدين جنساً ونوعاً وصفة) أي : فلا يصح عن الدين المجهول فيما ذكر ؛ لأن البراءة متوقفة على الرضا ، ولا يعقل مع الجهل ، ولأن الإبراء تمليك للمدين ما في ذمته ؛ أي : الغالب عليه ذلك دون الإسقاط على المعتمد .

قوله : (إِلَّا في نحوِ إِبِلِ الدِّيَّةِ) أي : فيصح الإبراء منها وإن كانت مجهولة الصفة ؛ لأنه اغتفر ذلك في إثباتها في ذمة الجاني ؛ فيغتفر في الإبراء تبعاً له . « مغني »^(٣) .

قوله : (أمَّا المبرأ) أي : وهو المدين ، وهذا مقابل قوله : (الدائن) .

(١) أسنى المطالب (٢/٢٣٦) .

(٢) حاشية الشرواني (٥/٢٥٤) .

(٣) مغني المحتاج (٢/٢٦٣) .

فَلَا يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ . نَعَمْ ؛ إِنْ كَانَ فِي مَقَابِلَةِ طَلَاقٍ . . . اشْتَرَطَ عِلْمُ الْمُبْرَأِ أَيْضاً ؛ لِأَنَّهُ يُوَوَّلُ إِلَى الْمَعَاوِضَةِ ، وَطَرِيقُ الْإِبْرَاءِ مِنْ مَجْهُولٍ أَنْ يَذْكَرَ عِدْداً يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَزِيدُ عَلَيْهِ ، وَكَالْإِبْرَاءِ تَمْلِيكُ الْمَدِينِ مَا فِي ذِمَّتِهِ

قوله : (فلا يشترط علمه) أي : على الأوجه ، كما لا يشترط قبوله في الأصح ؛ لأن الإبراء وإن كان تملكياً . . لكن المقصود منه الإسقاط ، بل قال ابن السمعاني : إنه تملك في حق من له الدين إسقاط في حق المدين ؛ وذلك لأن الإبراء إنما يكون تملكياً باعتبار أنه مال ، وهو إنما يكون في حق من له الدين ؛ فإن أحكام المالية إنما تظهر في حقه ، تدبر .

قوله : (نعم ؛ إن كان) أي : الإبراء ؛ استدراك على عدم اشتراط علم المبرأ بالدين .

قوله : (في مقابلة طلاق) أي : كأن أبرأتني . . فأنت طالق .

قوله : (اشترط علم السبر) أي : وهو الزوج بالدين .

قوله : (أيضاً) أي : كما يشترط علم المبرء - وهو الزوجة - بالدين .

قوله : (لأنه يؤول إلى المعاوضة) أي : فيخص كلامهم السابق بما لا عوض فيه ، ولذا لو كان الإبراء في ضمن عقد ؛ كصلح الحطيطة . . اشترط فيه علم المبرأ منه كما يشترط قبوله ؛ لأن اللفظ بوضعه يقتضيه ؛ أي : لتمام صورة العقد ؛ فإنه لا يتم إلا بالإيجاب والقبول ، ومن ثم : اختار النووي أن كون الإبراء تملكياً أو إسقاطاً من المسائل التي لا يطلق فيها ترجيح ، بل يختلف الراجح بحسب المسائل لقوة الدليل وضعفه^(١) ؛ أي : فإنهم منعوا تعليقه بالشرط وأبطلوه من المجهول ومنعوا إبهام المحل ؛ كقوله لأحد مدينيه : أبرأت أحدهما ، ولو كان إسقاطاً . . لصح ذلك كله ، ورجحوا : أنه لا يشترط فيه علم المدين ولا قبوله ، وأنه لا يرد برده ، ولو كان تملكياً . . لشرط ذلك كله ، ولهذا توسط ابن السمعاني كما مر .

قوله : (وطريق الإبراء من مجهول) أي : ليصح ؛ لما مر : أنه لا يصح الإبراء منه .

قوله : (أن يذكر) أي : المبرء ؛ وهو الدائن .

قوله : (عدداً يعلم أنه لا يزيد عليه) أي : لا يزيد الدين على ذلك العدد ، فلو كان يعلم أنه لا يزيد على مئة مثلاً فيقول : أبرأتك من مئة . . فيصح إبرأؤه حيثئذ ، ونقل عن الشارح أن عدم صحة الإبراء من المجهول بالنسبة للعالم ، أما بالنسبة للآخرة . . فيصح ؛ لأن المبرء راضٍ بذلك .

قوله : (وكالإبراء تملك المدين ما في ذمته) أي : فإذا ملك مدينه ما في ذمته . . برىء منه وإن

وَمَنْ ضَمِنَ أَوْ أَبْرَأَ مِنْ وَاحِدٍ إِلَى عَشْرَةٍ مِثْلًا.. كَانَ ضَامِنًا وَمَبْرَأً مِنْ تِسْعَةٍ . (السَّادِسُ : الصِّيغَةُ)
الدَّالَّةُ عَلَى الْإِلْتِمَامِ

لم يقبله كما في الإبراء ؛ لأن التملك من صيغ الإبراء ؛ فقد نقل في « الفتاوى » عن ابن يونس : أن ألفاظ الإبراء تسعة : عفوت ، وأبرأت ، وأسقطت ، وحططت ، وتركت ، ووهبت ، وأحللت ، ووضعت ، وملكت^(١) .

قوله : (ومن ضمن أو أبرأ) أي : أو نذر أو أوصى أو أحال مثلاً ؛ فقد بحث (ع ش) إلحاق جميع التصرفات بهما نظراً للتعليل الآتي^(٢) .

قوله : (من واحد إلى عشرة مثلاً) أي : كأن يقول : ضمنت ما لك على زيد ، أو أبرأتك ، أو نذرت لك مثلاً من درهم إلى عشرة .

قوله : (كان ضامناً ومبرئاً) أي : وناذراً وموصياً .

قوله : (من تسعة) أي : في الأصح ؛ كالإقرار بنحو : له علي من درهم إلى عشرة فإنه تلزمه تسعة ؛ وذلك إدخالاً للطرف الأول فقط ؛ لأنه مبتدأ الالتزام فهو كالأصل المبني عليه ، والعاشر غاية يحتمل الدخول وعدمه فيخرج ؛ لأنه الطرف المستغنى عنه ، ورعاية اليقين أو الظن القوي يقوي إخراجها ، فإن قيل : المرجح فيما لو قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقوع الثلاث ، وقياس هذا : تعين العشرة .. أجيب بأن الطلاق محصور ، فالظاهر : استيفاءه ، بخلاف الدين الذي يضمن ويبرأ ، قال في « الفتح » : (ولو قال : ما بين درهم وعشرة أو إلى عشرة .. تعين ثمانية ، أو من عشرة إلى مئة أو إلى ألف .. فالغاية الخارجة واحداً لا عشرة أو مئة)^(٣) .

قوله : (السادس) أي : من الشروط العشرة .

قوله : (الصيغة) هي الركن الخامس للضمان الشامل للكفالة ، عبر عنه المصنف كجمع بالشرط ، فالمراد به : ما لا بد منه فيه .

قوله : (الدالة على الالتزام) المراد بها : ما يشعر بالالتزام ، فيشمل اللفظ صريحاً وكناية وإشارة الأخرس المفهمة والكتابة مع النية ، قال (ع ش) : (سواء صدرت من ناطق أو أخرس فهي - أي : الكتابة - كناية مطلقاً ، وإن انضم إليها قرائن .. فلا تصيرها صريحاً)^(٤) .

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى (٣/ ٧٧-٧٨) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٤/ ٤٤٤) .

(٣) فتح الجواد (١/ ٤٩٧) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٤/ ٤٥٤) .

لتدلّ على الرضا (كَضِمْنْتُ) أو تقلدْتُ ، أو تكفَلْتُ ، أو التزمتُ (دَيْنَكَ عَلَى فُلَانٍ) وكقولهِ : أنا بالمالِ كفيلٌ ، أو قبيلٌ ، أو حميلٌ ، أو زعيمٌ ، أو صبيرٌ . (السَّابِعُ : أَلَا يَشْتَرِطُ الضَّامِنُ)

قوله : (لتدل على الرضا) أي : لأنه لا يعرف إلا بهذا ، وهذا تعليل لاشتراط الصيغة .
قوله : (كضمنت ..) إلخ ؛ أي : وإن لم يضم له لفظة (لك) كما دل عليه عدم ذكر المصنف لها وإن ذكرها جحد ؛ فقد قال الأذرعى وغيره : الظاهر : أنه ليس بشرط .
قوله : (أو تقلدت أو تكفلت أو التزمت) أي : أو تحملت .

قوله : (دينك على فلان) هذا ظاهر إن اتحد الدين وتوافقا عليه ، فلو كان عليه دين قرض وثمان مبيع مثلاً وطالبه ربه فقال الكفيل : ضمنت دينك عليه ، ثم قال بعد ذلك : أنا ضمنت شيئاً خاصاً كدين القرض .. صدق الكفيل كما بحثه (ع ش) حيث دلت قرينة عليه ، وإلا .. حمل على جميع الديون ؛ لأنه مفرد مضاف إلى معرفة فيعم ، تأمل ^(١) .
قوله : (وكقولهِ) عطف على (كضمنت) .

قوله : (أنا بالمال) أي : الذي على زيد مثلاً أو بإحضار فلان مثلاً .
قوله : (كفيل أو قبيل أو حميل أو زعيم أو صبير) أو كافل أو ضمين أو ضامن ، وكقولهِ : على ما على فلان ، وما لك على فلان عليّ ، وكل هذه صرائح لثبوت بعضها نصاً وباقيها قياساً ، مع اشتهاار لفظ الكفالة بين الصحابة فمن بعدهم ، ومن الصريح أيضاً قوله : خل عنه والمال عليّ ، إن أراد .. خل عنه الآن ، وكذا إن أطلق كما بحثه في « التحفة » ^(٢) ، خلافاً لما في « الأسنى » ^(٣) لقاعدة : صون كلام المكلف عن الإلغاء ما وجد له محمل صحيح غير بعيد من ظاهر لفظه ، ومن كنايةه نحو : دين فلان إلي أو عندي ، وكذا الألفاظ السابقة من غير ذكر المال أو الدين كما هو ظاهر كلامهم ؛ كأن يقول : ضمت فلاناً ؛ فإن نوى به ضمان المال وعرف قدره .. صح ، وإلا .. فلا ، وقال الشيخ عميرة ما حاصله : (إنه إن لم يرد به ضمان المال .. حمل على كفالة البدن ؛ لأنه لا يشترط لصحتها معرفة قدر المضمون) .

قوله : (السابع) أي : من الشروط العشرة .
قوله : (ألا يشترط الضامن) أي : أو الكفيل .

(١) حاشية الشيراملسي (٤٥٤/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٦٧/٥ - ٢٦٨) .

(٣) أسنى المطالب (٢٤٥/٢) .

الْخِيَارَ لِنَفْسِهِ) أو لأجنبي ؛ لمنافاة ذلك للعقد ، بخلاف شرط الخيار للمضمون له . (الثامن : ألا يكون) الضمان ومثله الإبراء (مؤقتاً بمدة ، ولا معلقاً بشرط) من وقت أو غيره

قوله : (الخيار لنفسه أو لأجنبي) أي : فيبطل الضمان والكفالة بشرط الخيار للضامن أو الكفيل أو الأجنبي عنهما .

قوله : (لمنافاة ذلك) أي : شرط الخيار ؛ تعليل للمتن .

قوله : (للعقد) أي : مقصوده ، ولا حاجة إليه ؛ لأن [الملتزم] فيه على يقين من الغرر .

قوله : (بخلاف شرط الخيار للمضمون له) أي : أو المكفول له ، فلو عبر بالمستحق لكن أولى فإنه لا يقتضي فساد العقد ؛ لأن كلاهما له الخيار في الإبراء والطلب وإن لم يشترط .

قوله : (الثامن) أي : من الشروط العشرة .

قوله : (ألا يكون الضمان) أي : الشامل للكفالة .

قوله : (ومثله الإبراء) أي : فإنه يشترط فيه ألا يكون معلقاً ولا مؤقتاً ، قال في « الفتح » : (لأنه تمليك أو فيه شائبته فليس كالتعق ، خلافاً لمن زعمه)^(١) ، قال القليوبي : (إلا في نحو جعالة ؛ فإذا رددت عبدي . . فأنت بريء من ديني ، فإذا رده . . فإنه يصح ، ونحو وصية ؛ كأبرأتك بعد موتي ، وإذا مت . . فأنت بريء من ديني)^(٢) أي : فإنه يصح أيضاً .

قوله : (مؤقتاً بمدة) أي : فيبطل الضمان بالتوقيت جزماً ؛ كضمت دينك على فلان إلى رجب ، وكذا الكفالة في الأصح ، قال في « التحفة » : (وكأن الفرق : أن الإحضار يتعلق بالمسافات ، وهي يدخلها التوقيت ولا كذلك أداء الديون)^(٣) .

قوله : (ولا معلقاً بشرط من وقت أو غيره) أي : فيبطل الضمان بتعليق ؛ كقوله : إذا جاء رجب ، أو إن لم يؤد مالك غداً . . فقد ضمنت أو كفلت ، بخلاف ما لو نجز الكفالة وشرط تأخير الإحضار بمعلوم . . فإنه جائز ؛ كأن يقول : ضمنت إحضاره بعد شهر ؛ ي : ونوى تعلقه بإحضاره أو أطلق لا بـ (ضمنت) وذلك للحاجة إليه ، ولأنه التزام لعمل في الذمة ؛ فكان كعمل الإجارة يجوز حالاً ومؤجلاً ، ومن عبر بجواز تأجيل الكفالة . . أراد هذه الصورة ، وإلا . . فهو ضعيف ، أفاده في « التحفة »^(٤) .

(١) فتح الجواد (٥٠١/١) .

(٢) حاشية قليوبي (٣٣٠/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٦٩/٥ - ٢٧٠) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٧٠/٥) .

كألبيع فيهما . (التاسع : أن يكون معلوماً ، فلو قال : صمّنتُ أحدَ الدّينينِ . . فلا يصحُّ) كذا رأيتُ في نسخةِ المتنِ وأظنُّ أنَّه تحريفٌ ؛ لأنَّه تكرارٌ محضٌ ؛ إذ هذا هو عينُ الرّابعِ الَّذي قدّمه . (العاشرُ : ألا يشترطُ براءةُ الأصيلِ) لمنافاتهٍ لمقتضى العقدِ

قوله : (كالبيع فيهما) أي : في اشتراط عدم التّأقيت ، واشتراط عدم التعليق ؛ لأنّه عقد مثله ، ولو أقر بضمان أو كفالة بشرط مفسد أو بتوقيت فكذبه المستحق . . صدق المستحق بيمينه ؛ بناء على جواز تبعض الإقرار .

قوله : (التاسع : أن يكون معلوماً . . .) إلخ ، قد مر بيانه .
قوله : (كذا رأيت في نسخة المتن . . .) إلخ ، هذا دليلٌ أيُّ دليلٍ على أن المتن ليس للشارح نفسه ، وقد أشرت إليه فيما مر .

قوله : (وأظن أنه تحريف) أي : تغيير من الناسخ ، قال في « المصباح » : (حرفت الشيء عن وجهه حرفاً من باب قتل : غيرته ، والتشديد مبالغة ، قال : كتحريف الكلام يعدل به عن جهته)^(١) ، قال : (والتصحيح : تغيير اللفظ حتّى يتغير المعنى المراد من الموضع ، وأصله : الخطأ ، يقال : صحفه فنصحف ؛ أي : غيره فتغير حتّى التبس) انتهى^(٢) ، وأفاد بعضهم : أن التصحيح : تغيير النقط ، والتحرّيف : تغيير الشكل مع بقاء الحروف ، فليراجع .

قوله : (لأنّه تكرار محض) أي : فلو جعل قوله : (ولا معلقاً بشرط) بدلاً عن هذا . . لسلم من التكرار واستقام ، تدبر .

قوله : (إذ هذا هو عين الرابع الذي قدّمه) أي : من قوله : (الرابع) كونه معلوماً للضامن .

قوله : (العاشر) أي : وهو آخر الشروط .

قوله : (ألا يشترط براءة الأصيل) أي : من عليه الدين ، ومثله الكفيل .

قوله : (لمنافاته لمقتضى العقد) أي : الضمان أو الكفالة ، فلا يصح بشرط براءة الأصيل في الأصح ، قال في « المغني » : (وكذا لو ضمن بشرط براءة ضامن قبله أو كفّل بشرط براءة كافل قبله)^(٣) أي : كأن يقول : تكفّلت بإحضار من عليه الدين على أن من تكفّل به قبل . . برىء ، قال في « الفتح » : (وبشرط إعطاء مال لا يحسب من الدين وتكفّلت بزيد ؛ فإن أحضرته وإلا . . فبعمرو ؛ لأنّه لم يلتزم كفالة زيد ، ولتعليق كفالة عمرو ، وبضمنت إحضاره كلما طلبه المكفول له

(١) المصباح المنير ، مادة : (حرف) .

(٢) المصباح المنير ، مادة : (صحف) .

(٣) مغني المحتاج (٢ / ٢٦٩ - ٢٧٠) .

(فَضْلٌ)

[في بيان كفالة البدن]

(وَتَصَحُّ الْكَفَالَةُ) مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهَا ، وَإِنَّمَا تَصَحُّ (يَدَنَّ مِنْ عَلَيْهِ حَقٌّ) وَلَوْ صَبِيًّا ،
أَوْ مَجْنُونًا ،

على الأوجه ؛ لأنه تعليق بطلبه ، فقول البلقيني : يصح في مرة . . فيه نظر ^(١) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل) أي : في بيان القسم الثاني من قسمي الضمان ؛ وهو كفالة البدن ، وتسمى أيضاً : كفالة الوجه وما يترتب عليه ؛ ككونه يفرم أو لا ، وعلى الضمان : كالمطالبة وغيرها ، وفي الكفالة خلاف مثاره قول الشافعي رضي الله تعالى عنه : (كفالة البدن ضعيفة) ^(٢) ، والمذهب منه : الصحة كما جزم به المصنف ، ومعنى النص المذكور : أنها ضعيفة من جهة القياس ؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد .

قوله : (وتصح الكفالة) هي التزام حضور المكفول أو جزء منه شائع ؛ كعشره ، أو ما لا بقاء بدونه ؛ كروحه أو رأسه أو قلبه إلى المكفول له .

قوله : (من أهل التبرع) أي : وهو المكلف المختار الرشيد .

قوله : (للحاجة إليها) أي : الكفالة فإن الحاجة تدعو إلى معاملة العريب ، ولا يوثق بملكه ، ويخاف عدم الظفر به لو ظهر الاستحقاق ، ولإطباق الناس عليها في الأعصار كالمال ، واحتج لذلك بتكفل العباس بن المطلب رضي الله تعالى عنه للنبي صلى الله عليه وسلم أبي سفيان ؛ وقد استأنس له بآية : ﴿ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَأَأْتِيَنِي بِهِ ﴾ .

قوله : (وإنما تصح ببدن من عليه حق) أي : سواء كان مالا أو غيره ؛ كالمرأة لمن يدعي زوجيتها كما سيأتي في الضابط .

قوله : (ولو صبياً أو مجنوناً) أي : لأنه قد يستحق إحضارهما لمجس الحكم لإقامة الشهادة ليشهد على صورتها في الإطلاقات وغيرها إذا تحملوا الشهادة كذلك ولم يعرفوا اسمهما ونسبهما ، قال في « التحفة » : (ويشترط إذن وليهما ، فيطالب بإحضارهما ما بقي حجره) ^(٣) .

(١) فتح الجواد (١/٥٠٠-٥٠١) .

(٢) مختصر المزني (ص ٣١٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٥/٢٦٠) .

أَوْ مِيتًا لَمْ يُدْفَنْ (لَادِمِي) : قَدْ اسْتَحَقَّ حَضُورُهُ بِمَجْلِسِ الْحَكَمِ ؛ بَأَنْ تَلْزِمَهُ الْإِجَابَةُ إِلَيْهِ ، أَوْ يَسْتَحَقَّ حَضُورُهُ إِلَيْهِ لِأَجْلِ مَالٍ عَلَيْهِ أَوْ عِنْدَهُ ، يَصِحُّ ضَمَانُهُ وَإِنْ جَهِلَ قَدْرُهُ ،

قوله : (أَوْ مِيتًا لَمْ يُدْفَنْ) أي : لأنه قد يحتاج للشهادة على صورته ، وأما بعد الدفن . . فلا تصح كفالاته ، وكذا بعد التغير ، أو حصل نقل محرم ، قال الأذري : (وليس للوارث أن يأذن في مثل هذه الأحوال ، فإن إذن . . فلا عبرة بإذنه ، لهذا ما ظهر لي بلا نقل) .

قوله : (لَادِمِي) الجار والمجرور متعلق بمحذوف نعت لـ (حق) أي : حق ثابت لآدمي ولو عقوبة كما سيأتي .

قوله : (وقد استحق حضوره) أي : من عليه الحق لآدمي (بمجلس الحكم) عند الاستعداد .
قوله : (بَأَنْ تَلْزِمَهُ الْإِجَابَةُ إِلَيْهِ) أي : إلى مجلس الحكم ؛ وذلك كأجير وكفيل ، وقرئ أبق لمولاه ، وامرأة لمن يدعي نكاحها ليثبته ، أو [زوج لامرأة ادعت نكاحه لثبته أو] لطلب النفقة أو المهر إن كان نكاحه ثابتاً .

قوله : (أَوْ يَسْتَحَقَّ حَضُورُهُ إِلَيْهِ) أي : حضور من عليه حق إلى مجلس الحكم .
قوله : (لِأَجْلِ مَالٍ عَلَيْهِ أَوْ عِنْدَهُ) أي : ولو أمانة كوديعة ؛ لأن الحضور مستحق عليه ، كذا في « المغني »^(١) ، قال (ع ش) : (قد يتوقف في الوديعة ؛ فإن اللازم له التخلية ، فلا يجب عليه الحضور لمجلس الحكم إلا أن يقال : قد يطراً عليه ما يوجب حضوره مجلس الحكم ؛ كما لو ادعى ضياع العين ، فطلب مآلكها حضوره) تأمل^(٢) .

قوله : (يَصِحُّ ضَمَانُهُ) أي : المال المكفول بسببه ؛ أي : الذي عليه بصفة كونه ديناً أو عنده وهو عين ، قال الرشدي : (فتلخص : أنه إن كفله بسبب عين عنده . . صح ، وإن كانت بسبب دين . . فلا بد أن يكون مما يصح ضمانه)^(٣) ، فلا يصح بيدن مكاتب بالنجوم ؛ لما مر في (الضمان) أو بيدن من أخيه ظالم ليصادره ، كما في « حاشية الروض »^(٤) .

قوله : (وَإِنْ جَهِلَ قَدْرُهُ) أي : فلا يشترط معرفة قدره ؛ لأنه إنما تكفل بالبدن لا بالمال ؛ فإنه لا يغرمه كما سيأتي ؛ بمعنى : أنه لا يطالب بالغرم ، فلا ينافي أنه لو امتنع . . حبس ما لم يؤد المال ؛ لأن التأدية تبرع منه ، ولذا لو حضر المكفول أو تعذر حضوره . . استرد ما غرمه .

(١) مغني المحتاج (٢/٢٦٤) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٤/٤٦٦) .

(٣) حاشية الرشدي (٤/٤٤٦) .

(٤) حواشي الرملي على شرح نروض (٢/٢٤١) .

أَوْ كَانَ زَكَاةً ، أَوْ كَفَّارَةً ، أَوْ لِأَجْلِ عَقُوبَةٍ لِأَدَمِيٍّ لَا لِلَّهِ تَعَالَى ، أَوْ لِغَيْرِ ذَلِكَ ؛ كَأَبْقٍ لِمَالِكِهِ ، وَأَجِيرٍ لِمُسْتَأْجِرِهِ وَإِنْ حَبَسَ الْمَكْفُولَ أَوْ غَابَ وَلَوْ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ وَإِنْ كَانَ ثُمَّ حَاكِمٌ ،

قوله : (أَوْ كَانَ زَكَاةً أَوْ كَفَّارَةً) أي : فيصح الكفالة ببذل من عليه زكاة إذا كانت في الذمة ، أو تعلقت بالعين وتمكن منها ؛ لصحة ضمان الأولى ، ومثلها الكفارة وصحة ضمان رد الثانية ، وقول الماوردي بعدم الصحة محمول على ما إذا تعلقت بالعين قبل التمكن ، وعليه : فيفرق بينها وبين الأمانة بجواز طلب نحو الأمانة دون الزكاة قبل التمكن ، فليتأمل .

قوله : (أَوْ لِأَجْلِ عَقُوبَةٍ لِأَدَمِيٍّ) أي : أو يستحق حضوره إليه لأجل . . . إلخ ، فهو عطف على (لأجل مال عليه) وذلك كقصاص وحد قذف وتعزيز ؛ لأنه حق لازم فأشبهه المال مع أن الأول يدخله المال حيث عفي عن القصاص على المال .

قوله : (لَا لِلَّهِ تَعَالَى) أي : فلا يصح الكفالة ببذل من عليه عقوبة لله تعالى ؛ كحد خمر وزنا وسرقة ؛ لأننا مأمورون بسترها والسعي في إسقاطها ما أمكن ، واستشكل تصوير الكفالة بعقوبة الله تعالى ؛ لأن استيفاءها يجب على الفور ، وأجيب بأن صورته : أن يثبت عليه حد الزنا مثلاً في وقت لا يجوز إقامة الحد فيه ؛ كالحر الشديد ونحوه ، فيجيء من يتكفل ببذنه لئلا يتركه الحاكم ، تأمل .

قوله : (أَوْ لِغَيْرِ ذَلِكَ) أي : أو يستحق حضوره إلى مجلس الحكم لغير المال والعقوبة لأدمي . قوله : (كَأَبْقٍ لِمَالِكِهِ وَأَجِيرٍ لِمُسْتَأْجِرِهِ) أي : وامرأة لمن يدعي زوجيتها ، وكذا عكسه كما مر ، وعلم من كلامه : أن ضابط صحة الكفالة : وقوعها بإذن من المكفول مع معرفة الكفيل له ببذل من لزمه الإجابة إلى مجلس الحكم أو استحق حضوره إليه عند الاستعداد للمحق .

قوله : (وَإِنْ حَبَسَ الْمَكْفُولَ) أي : فيصح الكفالة ببذل المحبوس ؛ لأن حصول المقصود متوقع وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال ؛ كما يصح ضمان المعسر في الحال .

قوله : (أَوْ غَابَ) أي : المكفول فيصح الكفالة ببذل الغائب ؛ لما تقرر في المحبوس ، قال في « حاشية الروض » : (ومحله في الممكن حضوره ، فأما المنقطع الخبر . . فلا يجوز ، صرح به في « التجريد »)^(١) .

قوله : (وَلَوْ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ) أي : أو فوقها ، خلافاً لمن قيّد الجواز بما إذا كان دون مسافة العدوى . قوله : (وَإِنْ كَانَ ثُمَّ حَاكِمٌ) أي : فلا فرق بين أن يكون في موضع يلزمه الحضور منه إلى مجلس الحكم أم لا ، حتى لو أذن ثم انتقل إلى بلد بها حاكم ، أو إلى فوق مسافة العدوى فوقعت

سواءً أطلب إحضاره بعد ثبوت الحق أم قبله . ويشترط أن يرضى المكفول ببذنه الحي الرّشيد ،
 وولي المحجور ، ووارث الميت الأهل ، وإلا.. فوليّه ،

بعد ذلك . . صحت ووجب عليه الحضور معه ؛ لأجل إذنه في ذلك فهو المورط [لنفسه] .

قوله : (سواء أطلب إحضاره بعد ثبوت الحق أم قبله) أي : للمخاصمة ، فتصح الكفالة ببدن
 مستحق الحضور ولو أقيمت البينة بعدها بما ادعى به على المكفول إذا أنكر الحق ؛ لأن الحضور
 مستحق عليه ، فيصح التزام إحضاره وإن لم تقم البينة ، ولأن معظم الكفالات يقع قبل ثبوت الحق
 عند الحاكم . انتهى من « شرح البهجة »^(١) .

قوله : (ويشترط) أي : لصحة الكفالة .

قوله : (أن يرضى المكفول ببذنه الحي الرّشيد) أي : ولا بد في الرضا من لفظ يدل عليه أو
 إشارة أخرج لا ناطق ولو مفهمة ، ومن تكفل بغير إذن . . لم يكن له مطالبة المكفول به بالحضور
 وإن طالبه به المكفول له ، ولا حبس على الكفيل حينئذ . انتهى « فتح الجواد »^(٢) .

قوله : (وولي المحجور) أي : ويشترط أن يرضى ولي المحجور عليه بالصبا أو الجنون ،
 وكذا السّفه والرقّ على ما بحثه جمع فيشترط إذن الولي والسيد ، لكن اعتمد في « التحفة » خلافه
 في السفه ؛ لصحة إذنه فيما يتعلق بالبدن^(٣) ، قال السيد عمر : (لو فصل في العبد والسفيه بين
 احتياجهما إلى المؤنة في حضور محل التسليم وبين عدمها . . لكان وجهاً وجيهاً) .

قوله : (ووارث الميت) أي : وأن يرضى وارث الميت ، لهذا ما بحثه ابن الرفعة واعتمده ،
 قال في « الفتح » : (فإن تعدد أي : الوارث . . اشترط إذن الجميع على الأوجه)^(٤) أي : وفقاً
 للأسنوي .

قوله : (الأهل) أي : الوارث المتأهل للإذن ، قال (ع ش) : (بأن كان رشيداً ، أما غيره ولو
 سفياً . . فيعتبر إذن وليه على ما اقتضاه كلامه)^(٥) .

قوله : (وإلا . . فوليّه) أي : فإن يرضى ولي الوارث ، قال في « التحفة » : (أما من لا وارث
 له ؛ كذمي مات ولم يأذن ؛ أي : في الكفالة . . فظاهر : أنه لا تصح كفالته)^(٦) ، قال السيد

(١) الغرر البهية (٤٤١/٥) .

(٢) فتح الجواد (٤٩٩/١) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٦٠/٥) .

(٤) فتح الجواد (٤٩٩/١) .

(٥) حاشية الشبراملسي (٤٠٨/٤) .

(٦) تحفة المحتاج (٢٦١/٥) .

وَأَنْ يَعْرِفَهُ الْكَفِيلُ ؛ إِذْ لَيْسَ لِأَحَدٍ إِلْزَامٌ غَيْرُهُ بِالْحَضُورِ إِلَى الْحَاكِمِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَمَعْرِفَتِهِ ، وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ مَعْرِفَةُ الْمَكْفُولِ لَهُ لَا رِضَاهُ . وَتَصَحُّ الْكِفَالَةُ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ أَيْضاً (بَعَيْنٌ يَلْزَمُ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ مُؤَنَّةٌ رَدَّهَا) وَهِيَ الْمَضْمُونَةُ عَلَيْهِ

عمر : (محل تأمل ؛ لأن الإمام له الولاية العامة وإن انتفى الإرث ، وولايته عليه لا تقصر من ولاية ولي غير وارث على صبي) انتهى ، وهو وجيه ، لكن في « النهاية » و« المغني » مثل ما في « التحفة »^(١) .

قوله : (وَأَنْ يَعْرِفَهُ الْكَفِيلُ) عطف على (أَنْ يَرْضَى الْمَكْفُولُ بِيَدِهِ) فالضمير راجع إليه .

قوله : (إِذْ لَيْسَ لِأَحَدٍ إِلْزَامٌ غَيْرُهُ ...) إلخ ، تعليل للشرطين معاً .

قوله : (بِالْحَضُورِ إِلَى الْحَاكِمِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَمَعْرِفَتِهِ) أي : الغير ، بخلاف الضمان لا يشترط فيه رضا المضمون عنه ولا معرفته ؛ لجواز التبوع بأداء دين غيره بغير إذنه ومعرفته كما مر ، ويشترط أيضاً كون المكفول ببدنه معيناً ، فلو كفّل بيد أحد الرجلين مبهماً . لم تصح ؛ كما في ضمان المال .

قوله : (وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ) أي : رضا المكفول ببدنه ومعرفة الكفيل له .

قوله : (مَعْرِفَةُ الْمَكْفُولِ لَهُ لَا رِضَاهُ) أي : كما في الضمان فإنه يشترط فيه معرفة المضمون له ، ولا يشترط رضاه كما مر ، ولو مات المكفول له . لم تبطل الكفالة ، بل يبقى الحق لورثته كما في ضمان المال ، فإن خلف ورثة وغرماء وأوصياء . لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الجميع ، وأما إذا مات الكفيل . فتبطل الكفالة ، ولا شيء للمكفول له في تركته ؛ لأنه لا يلزمه مال .

قوله : (وَتَصَحُّ الْكِفَالَةُ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ أَيْضاً) أي : كصحة الكفالة منه ببدن من عليه حق .

قوله : (بَعَيْنٌ) أي : معلومة ولو خفيفة لا مؤنة لردّها ، كذا في « التحفة »^(٢) ، وسيأتي عن « الغرر » ما يوافقه .

قوله : (يَلْزَمُ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ مُؤَنَّةٌ رَدَّهَا) أي : العين .

قوله : (وَهِيَ الْمَضْمُونَةُ عَلَيْهِ) أي : بأن تكون يده يد ضمان ، فمِراد المصنف بما قاله : أن تكون العين مضمونة ، قال في « الغرر » : (وعبارة الأصحاب : يصح ضمان العين المضمونة دون غيرها ، ومن هنا قال النشائي : لو ترك « الحاوي » « مؤنة » في قوله : وعين يلزم مؤنة ردها .

(١) نهاية المحتاج (٤/٤٤٨) ، مغني المحتاج (٢/٢٦٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٥/٢٦٦) .

(كَالْمَغْضُوبِ ، وَالْمُسْتَعَارِ ، وَالْمُسْتَأْمَرِ) وَالْمَبِيعِ الَّذِي لَمْ يَقْبَضْ ، كَمَا تَصَحُّ الْكَفَالَةُ بِالْبَدَنِ - بَلْ أُولَى - وَيَبْرَأُ بَرْدَهَا وَبِتَلْفِهَا . وَمِنْ ثَمَّ لَمْ يَصَحَّ ضِمَانُ قِيمَتِهَا بِتَقْدِيرِ تَلْفِهَا ،

حصل الغرض ، فكل ما يجب رده تجب مؤنته ، قال : وقوله في « التعليقة » : إنه احترز بها عما يلزمه ردها ولا مؤنة لرده كالدرهم فإنه لا تصح الكفالة به . لا يساعده عليه المعنى ، وكلام أهل الفن ياباه (انتهى)^(١) .

قوله : (كَالْمَغْضُوبِ وَالْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْمَرِ وَالْمَبِيعِ الَّذِي لَمْ يَقْبَضْ) أمثلة للأعيان المضمونة ، فيصح التكفل لمالكها بردها ، ومن ضمان العين كما قاله الشيخان : ما لو تكفل بيدن العبد الجاني جناية توجب مالا^(٢) ، وم لو ضمن عهدة ما بيع بثمن معين والثمن باقي بيد البائع وإن تلف في يده فضمن رجل قيمته ؛ فهو كما لو ضمن الثمن في الذمة وضمن العهدة .

وحاصل ما ذكر : أن ضمان العهدة يكون ضمان عين فيما إذا كان الثمن معيناً باقياً بيد البائع ، وضمان ذمة فيما عدا ذلك .

فإن قلت : ما الفرق بين كونه معيناً وغير معين ؛ فإن الضمان إنما يصح بعد قبض البائع له ، وإذا قبض غير المعين . . تعين ولا أثر لعدم تعينه في العقد ؟ قلت : بل له أثر ؛ لأن العقد لا يبطل بخروجه مستحقاً ، بخلافه في المعين ، فالمضمون هنا رد العين الواجبة في العقد عيناً ، حتى لو تعذر ردها . لم يلزم الضامن بدلها ، والمضمون ثم مالية العين التي ليست كذلك عند تعذر ردها ، حتى لو بقيت بيد البائع وخرج المقابل مستحقاً . لم يلزم الضامن بدلها ، كما صرح به في « المطلب » تفقهاً ، تأمل .

قوله : (كَمَا تَصَحُّ الْكَفَالَةُ بِالْبَدَنِ) أي : قياساً عليها .

قوله : (بَلْ أُولَى) أي : لأن المقصود هنا المال .

قوله : (وَيَبْرَأُ بَرْدَهَا) أي : يبرأ الكفيل برد تلك العين للمضمونة له .

قوله : (وَبِتَلْفِهَا) أي : ويبرأ أيضاً بتلف العين ، فلا يلزمه قيمتها ؛ كما لو مات المكفول بيده . لا يلزم الكفيل الدين .

قوله : (وَمِنْ ثَمَّ) أي : من أجل البراءة بالتلف .

قوله : (لَمْ يَصَحَّ ضِمَانُ قِيمَتِهَا بِتَقْدِيرِ تَلْفِهَا) أي : العين ، فلو ضمن قيمة العين إن تلفت . لم

(١) الغرر البهية (٤٤١/٥) .

(٢) الشرح الكبير (١٦٢/٥) . روضة الطالبين (٢٥٦/٤) .

ومحلُّ صحّة ضمانها إن أذن مَنْ هي بيده ، أو كان الكفيل قادراً على انتزاعها . أمّا غير المضمونة كالوديعة . . فلا يصحّ ضمانها ؛ لأنّ الواجب فيها على الأمين التخلية فقط . (وإذا صحّ الضمان . . طالب المضمون له) أو وارثه (الضامن) ، وضامنه وضامن ضامنه ، وهكذا ، (والأصيل)

يصح ؛ لما مر : أنه لا يغرم قيمة العين بتلفها ، ولعدم ثبوت القيمة .

قوله : (ومحلّ صحّة ضمانها) أي : العين المذكورة .

قوله : (إن أذن من هي بيده) أي : واضع اليد من غاصب أو مستعير أو مستام .

قوله : (أو كان الكفيل قادراً على انتزاعها) أي : أو لم يأذن واضع اليد في الكفالة ، ولكن كان الكفيل قادراً على انتزاع العين من واضع اليد ، بخلاف ما لو لم يأذن فيها والكفيل غير قادر على الانتزاع . . فإنه لا تصحّ كفالته .

قوله : (أما غير المضمونة) أي : على من هي بيده ، وهذا مقابل قوله : (وهي المضمونة عليه) .

قوله : (كالوديعة) أي : والوصية ، والمؤجر ولو بعد مضي المدة ، قاله في « الأسنى »^(١) .

قوله : (فلا يصح ضمانها) أي : العين الغير المضمونة .

قوله : (لأن الواجب فيها على الأمين التخلية فقط) أي : فهي غير مضمونة العين والرد ، وإنما يجب عليه التخلية لا غير ، ولا يصح ضمان تسليم المرهون للمرتهن قبل القبض ؛ كأن رهن ثوباً ولم يسلمه فضمن رجل تسليمه ؛ لأنه ضمان ما ليس بلام .

قوله : (وإذا صحّ الضمان) أي : بأن استوفى الأركان والشروط الساقطة .

قوله : (طالب المضمون له أو وارثه) أي : لا المحتال ، فلو كان على شخص دين وبه ضامن ، ثم أحال المدين الدائن على آخر . . لم يطالب المحتال بضامن ؛ لأنّ ذمته برئت بالحوالة .

نعم ؛ محله حيث لم يتعرض المحيل للضامن ، بخلاف ما لو أحال عليهما . . فلا يبرأ فيطالب المحتال كلاً من المحيل والضامن ، أفاده (ع ش)^(٢) .

قوله : (الضامن وضامنه وضامن ضامنه . . وهكذا) أي : فإذا ضمنه آخر وبالأخر آخر . . وهكذا . . طالبهم المستحق بما التزموا ؛ لأن ذلك مقتضى الالتزام .

قوله : (والأصيل) أي : المضمون عنه وهو المدين .

(١) أسنى المطالب (٢٤٢/٢) .

(٢) حاشية الشيراملي (٤٥٨/٤) .

معاً أو أحدهما بالكل أو البعض ؛ لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « الزعيم غارم » . (وإذا برىء الأصيل) بإبراء ، أو نحو أداء (. . . برىء الضامن) ومن بعده ؛ لسقوط الحق (دون عكسه)

قوله : (معاً أو أحدهما بالكل أو البعض) أي : بأن يطالبهما جميعاً ، أو يطالب أيهما شاء بالجميع ، أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر ببقائه ، فإن قيل : يلزم من مطالبتهما أنه إن كان له مئة أنه يطالب بمئتين ؛ لأنه يطالب كلاهما بمئة ، وذلك ممنوع . . أجيب بأن الممنوع ليس في المطالبة ، وإنما الممنوع في المرتب عليها وهو الأخذ ، وليس له إلا أخذ أحدهما ، والتحقيق : أن الدين الذي على الضامن هو الذي على الأصيل لا غيره ، ولكن الذمتان مشغولتان به كالرهنين بدين واحد ؛ فهو كفرض الكفاية عند الجمهور يتعلق بالكل ويسقط بفعل البعض ، فالتعدد فيه ليس في ذاته ، بل بحسب ذاتيهما ؛ تدبر .

قوله : (لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم) أي : فيما رواه الترمذي وحسنه وابن حبان وصححه (١) .
قوله : (« الزعيم غارم ») هذا قطعة من حديث ، وهو بتمامه : « العارية مؤداة ، والزعيم غارم ، والدين مقضي » أي : موفى ، والحديث دليل لجواز مطالبة الضامن ، وأما الأصيل . . فلأن الدين باق عليه ، قال الماوردي : (ولو أفلس الضامن والمضمون عنه ، فقال الضامن للمحاكم : بيع أولاً مال المضمون عنه ، وقال المضمون له : أريد بيع مال أيكما شئت . . قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : إن كان الضمان بالإذن . . أجيب الضامن ، وإلا . . فالمضمون له) (٢) .

قوله : (وإذا برىء الأصيل) أي : المضمون عنه من الدين .
قوله : (بإبراء أو نحو أداء) أي : أو حوالة منه أو من المستحق أو غيرها ، فتعبير المصنف بـ (برىء) أولى من التعبير بـ (إبراء) وإن كانت صورة العكس خاصة بالإبراء .

قوله : (برىء الضامن ومن بعده) أي : من ضامنه وضامن ضامنه . . . وهكذا .
قوله : (لسقوط الحق) أي : عن الأصيل بما ذكر ، والضامن فرعه ، ولم يذكر المصنف براءة الكفيل ، وهو : أنه يبرأ بتسليمه المكفول للمكفول له من غير حائل كمتغلب ، وبأن يحضر المكفول ويقول : سلمت نفسي عن الكفيل ، بخلاف مجرد حضوره ؛ لأنه لم يسلمه إليه ولا أحد عن جهته .

قوله : (دون عكسه) أي : في الإبراء فقط من الدين ، أو منه ومن الضمان ، والعكس على

(١) سنن الترمذي (١٢٦٥) عن سيدنا أبي أمامة رضي الله عنه .

(٢) الحاوي الكبير (١١٤ / ٨) .

فَإِذَا بَرِيَءٌ ضَامِنٌ بِإِبْرَاءٍ . . . لَمْ يَبْرَأْ مِنْ قَبْلَهُ - كَالْأَصِيلِ - لِبَقَاءِ الدَّيْنِ ، وَبَرِيَءٌ مَنْ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ فَرَعُهُ .
أَمَّا إِذَا بَرِيَءٌ بِأَدَاءٍ . . . فَيَبْرَأُ الْكُلُّ ؛ لِسُقُوطِ الْحَقِّ . (وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا) أَيِ : الْأَصِيلِ أَوْ الضَّامِنِ ،
وَالدَّيْنِ مُؤَجَّلٍ عَلَيْهِمَا (. . . حَلٌّ عَلَيْهِ)

هذا باعتبار ما صدقه ؛ وهو الإبراء من الدين ، وعلى الأول يعلم حكم الإبراء من الضمان بالأولى ، فليتأمل . جمل عن الشوبري^(١) .

قوله : (فإذا برىء ضامن بإبراء . . . لم يبرأ من قبله كالأصيل) يعني . لم يبرأ الأصيل ، ولا من قبل الضامن ، قال في « التحفة » : (وكذا في كفيل الكفيل وكفيله . . . وهكذا)^(٢) .

قوله : (لبقاء الدين) أي : لأن الأصيل لم يبرأ ببراءة فرعه ؛ لأنها سقوط وثيقة فلا يسقط بها الحق فكفك الرهن .

قوله : (وبرىء من بعده) أي : الضامن من ضمانه ، وضامن ضامنه . . . وهكذا .

قوله : (لأنه فرعه) أي : فيبرأ ببراءته ؛ لأن الفرع يسقط بسقوط أصله ، كما ينفك الرهن بالبراءة .

قوله : (أما إذا برىء بأداء) أي : ونحوه كالحوالة ، وهذا مقابل قوله : (فإذا برىء ضامن بإبراء) . . .

قوله : (فيبرأ الكل) أي : من الضامن ومن قبله ومن بعده ، فالحاصل : أنه متى برىء ضامن بإبراء . . . برئت فروعه فقط ، أو بأداء أو حوالة ونحوها . . . برىء الأصيل وجميع الضامين .

قوله : (لسقوط الحق) أي : الدين بالأداء ، قال في « النهاية » : (ولو أقال المضمون له الضامن : فإن قصد إبراءه . . . برىء من غير قبول ، وإن لم يقصد ذلك : فإن قبل في المجلس . . . برىء ، وإلا . . . فلا كما بحثه الشيخ وقال : إنه مقتضى كلامهم ، قال : ويصدق المضمون له في أن الضامن لم يقبل ؛ لأن الأصل : عدمه)^(٣) .

قوله : (ولو مات أحدهما ؛ أي : الأصيل أو الضامن) أي : أو استترف .

قوله : (والدين مؤجل عليهما) أي : بأجل واحد .

قوله : (حل عليه) أي : على من مات منهما ولو عبداً مأذوناً له . « أسنى »^(٤) .

(١) فتوحات الرباب (٣/٣٨٨) .

(٢) تحفة المحتاج (٥/٢٧٢) .

(٣) نهاية المحتاج (٤/٤٥٩) .

(٤) أسنى المطالب (٢/٢٤٧) .

لخرابِ ذِمَّتِهِ (دُونَ الْآخِرِ) لارتفاقِهِ بِالْأَجَلِ . نَعَمْ ؛ لو ضَمِنَ الْمُؤَجَّلُ حَالاً .. حَلَّ عَلَيْهِ بِمَوْتِ الْأَصِيلِ مطلقاً ، أو مُؤَجَّلاً بِأَجَلٍ أَقْصَرَ .. حَلَّ عَلَيْهِ بِمَوْتِ الْأَصِيلِ بَعْدَ مُضِيِّ الْأَقْصَرِ ؛

قوله : (لخرابِ ذِمَّتِهِ) أي : الميت ؛ فقد وجد سبب الحلول في حقه .

قوله : (دون الآخر) أي : فلا يحل الدين عليه .

قوله : (لارتفاقِهِ بِالْأَجَلِ) أي : ولم يوجد سبب الحلول في حقه ، ثم إن كان الميت الضامن ، وأخذ المستحق الدين من تركته .. لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه الآذن في الضمان قبل حلول الأجل ، وإن كان الميت الأصيل وله تركة .. فللضامن أن يطالب المستحق بأخذ الدين منها أو إبرائه هو ؛ لأن التركة قد تهلك فلا يجد مرجعاً إذا غرم ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (وقضيته : أنه لو ضمن بغير الإذن .. لم يكن له ذلك ؛ إذ لا رجوع له ، وهو قياس ما مرفى إفلاس الأصيل ، ولو قيل : له ذلك فيهما مطلقاً حتى لا يغرم .. لم يبعد إلا أن يجاب بأنه مقصر بعدم الاستئذان)^(١) .

قوله : (نعم ؛ لو ضمن المؤجل حالاً) أي : بناء على صحته كعكسه ، وهو الأصح فيهما ؛ لأن الضمان تبرع ، والحاجة تدعو إليه ، فصح على حسب ما التزمه ، على أنه في الأولى زاد تبرعاً بالتزام التعجيل ، واستشكل بما لو رهن بدين حال وشرط في الرهن أجلاً أو عكسه .. فإنه لا يصح مع أن كلاً وثيقة ، وأجيب بأن الشرط في المرهون إذا كان ينفع الراهن ويضر المرتهن أو بالعكس .. لم يصح ، ولهذا الضرر حاصل للراهن ؛ إما بحبس المرهون حتى يحل الدين ، وإما ببيعه في الحال قبل حلوله ، وبأن التوثقة في الرهن بعين وهي لا تقبل تأجيلاً ولا حلولاً ، وفي الضمان بذمة ؛ لأنه ضم ذمة إلى ذمة ، والذمة قابلة للالتزام الحال مؤجلاً وعكسه ، تأمل .

قوله : (حلَّ عليه) أي : على الضامن أيضاً .

قوله : (بموت^(٢) الأصيل) أي : كما يحل بموت الضامن نفسه .

قوله : (بعد مضي الأقصر) أي : أقصر الأجلين ، فإذا ضمن مؤجلاً لشهرين مؤجلاً لشهر .. فلا يحل بموت الأصيل إلا بعد مضي الأقصر ، قال ابن قاسم : (لأنه بالنسبة للشهر الثاني بمنزلة ضمان المؤجل حالاً ، وللشهر الأول بمنزلة ضمانه مؤجلاً ، فيثبت الأجل مقصوداً في الشهر الأول وتبعاً في الثاني ، فإن مات الأصيل في الشهر الأول .. لم يحل على الضامن ، أو في الشهر الثاني .. حل عليه) تأمل^(٣) .

(١) تحفة المحتاج (٢٧٣/٥) ، نهاية المحتاج (٤٥٩/٤ - ٤٦٠) .

(٢) في الأصل : (لموت) ؛ ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٧١/٥) .

لأنَّ الأجلَ فِيهِمَا يَثْبُتُ تَبْعاً . (وَلَوْ طُوْلَبَ الضَّامِنُ . فَلَهُ مُطَالَبَةُ الْأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ) إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ ، كَمَا أَنَّهُ يُغْرَمُ إِذَا غَرِمَ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَبَرَّعَ بِالضَّمَانِ ، وَلَا يُطَالَبُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ . نَعَمْ ؛ لَهُ أَنْ يَقُولَ لِلْمُسْتَحَقِّ : إِمَّا أَنْ تُطَالِبَنِي أَوْ تُبَرِّئَنِي

قوله : (لأنَّ الأجلَ فِيهِمَا يَثْبُتُ تَبْعاً) أي : لا مقصوداً في أوجه الرجحين كما رجحه صاحب « التعجيز » في « شرحه » ، وقال الزركشي : إنه الأقرب ، ومعلوم : أنه يحل على الضامن بموته مطلقاً وإن ثبت الأجل في حقه تَبْعاً . « نهاية »^(١) .

قوله : (ولو طوْلَبَ الضَّامِنُ) أي : طالبه المستحق بالدين ، وهذا مرتبط بقوله : (وإذا صح الضمان . . طالب المضمون له الضامن . .) إلخ .

قوله : (فله) أي : يجوز للضامن .

قوله : (مطالبة الأصيل بتخليصه) أي : بأن يؤدي الحق لمستحقه ؛ نيبراً هو ببراءته

قوله : (إن ضمن بإذنه) أي : الأصيل ؛ لأنه الذي ورَّطه في المطالبة .

قوله : (كما أنه يغرمه إذا غرم) أي : حيث ضمن بالإذن وإن لم يأذن له في الغرم كما سيأتي .

قوله : (بخلاف ما إذا تبرع بالضمان) أي : بأن ضمن بغير إذن المضمون عنه . . فليس للضامن مطالبة بذلك ؛ لأنه لم يسلطه عليه .

قوله : (ولا يطالبه) أي : لا يجوز للضامن مطالبة الأصيل بذلك .

قوله : (قبل أن يُطَالَبَ) بالبناء للمفعول ، والنائب عن الفاعل ضمير الضامن ؛ وذلك كما لا يجوز له أن يغرمه قبل أن يغرم ، وفارق ما مرفي (الرهن) : أنه لو استعار عيناً للرهن ورهنها . . جاز للمالك المطالبة بفكها ؛ بأن الرهن محبوس بالدين ، وفيه ضرر ظاهر بفوات يد مالكة عنه ومنعه من تصرفه فيه .

قوله : (نعم ؛ له) أي : يجوز للضامن قبل أن يطالب .

قوله : (أن يقول للمستحق) أي : المضمون له أو وارثه .

قوله : (إما أن تطالبني) أي : بالحق لأطالب المضمون عنه .

قوله : (أو تبرئني) أي : عن الحق ، وهذا الذي استدركه اعتمده ابن قاسم نقلاً عن « الشامل » وحكاية البندنجي والرويانى عن ابن سريج ، واعتمد الرملي والخطيب خلافه^(٢) ،

(١) نهاية المحتاج (٤٥٨ / ٤) .

(٢) نهاية المحتاج (٤٦٠ / ٤) ، مغني المحتاج (٢٧٠ / ٢) .

وخرج بقوله : (بتخليصه) : مطالبته بتسليم المال إليه ليدفعه أو بدله للمستحق ، فليس له ذلك وإن حبس ؛ إذ لم يفت عليه قبل تسليمه شيء

وعلى الأول : فإن طالبه . . طالب حينئذ الأصيل ، قال ابن الرفعة : (ولو كان الأصيل محجوراً عليه لصبا . . فللضامن بإذن وليه إن طوّل طلب الولي بتخليصه ما لم يزل الحجر ، فإن زال . . توجه الطلب على المحجور عليه) ، قال في « الأسنى » : (ويقاس بالصبي : المجنون والمحجور عليه بسفه سواء كان الضمان بإذنهما قبل الجنون والحجر أم بإذن وليهما بعد)^(١) .

قوله : (وخرج بقوله) أي : المصنف رحمه الله تعالى .

قوله : (بتخليصه) أي : بالأداء ، فإن معنى التخليص : أنه يؤدي دين المضمون له ؛ ليبرأ الضامن كما في « المغني » وقد قررته فيما مر^(٢) .

قوله : (مطالبته) أي : مطالبة الأصيل .

قوله : (بتسليم المال إليه) أي : إلى الضامن .

قوله : (ليدفعه أو بدله للمستحق) أي : المضمون له أو وارثه .

قوله : (فليس له ذلك) أي : المطالبة بالمال .

قوله : (وإن حبس) أي : الضامن ، قال في « الأنوار » : (لكن له طلب حبسه معه)^(٣) أي :

كأن يقول : احبسوا الأصيل معي ، قال بعضهم : (لعله من باب إرهابه إلى خلاصه عند تعينه طريقاً له حيث غلب على ظنه معاندته له)^(٤) .

قوله : (إذ لم يفت عليه قبل تسليمه شيء) أي : بخلافه بعد تسليمه ؛ فإن له المطالبة ، بل والحبس والملازمة ، قال في « النهاية » : (فلو دفع له الأصيل ذلك من غير مطالبة . . لم يملكه ولزمه رده وضمانه إن تلف ؛ كالمقبوض بشراء فاسد ، فلو قال له : اقض به ما ضمته عني . . كان وكيلاً والمال في يده أمانة) انتهى^(٥) ، ومقتضى قوله : (من غير مطالبة) : أنه يملكه إذا كان بعد المطالبة ، قال (ع ش) : (وفيه نظر ؛ لأن الضامن ما لم يغرم لا يثبت له حق على الأصيل ، فقبضه لنفسه غير صحيح إلا أن يصور بما إذا غرم له الدين ، ثم قبض من الأصيل بعد الغرم) فليتأمل^(٦) .

(١) أسنى المطالب (٢٤٧/٢) .

(٢) مغني المحتاج (٢٧٠/٢) .

(٣) الأنوار (٤٦٩/١) .

(٤) انظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (٢٤٧/٢) .

(٥) نهاية المحتاج (٤٦٠/٤) .

(٦) حاشية الشيراملسي (٤٦٠/٤) .

وَمِنْ ثَمَّ لَمْ يُحْبَسِ الْأَصِيلُ بِحَبْسِهِ ، بَلْ وَلَا يُرْسَمُ عَلَيْهِ ، وَلَكِنَّ فَائِدَةَ مَطَالِبَةِ الضَّامِنِ لَهُ مَعَ ذَلِكَ إِحْضَارُهُ مَجْلَسَ الْحُكْمِ ، وَتَفْسِيْقُهُ إِذَا امْتَنَعَ ، (وَلِلضَّامِنِ الرُّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ إِنْ أَذِنَ لَهُ فِي الضَّمَانِ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي الدَّفْعِ)

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل هذا التعليل .

قوله : (لم يحبس الأصيل بحبسه) أي : الضامن ، خلافاً للسبكي حيث صحح كما نقله عنه في « المغني » جواز الحبس ؛ لأن الأصيل لا يعطي شيئاً إذا علم أنه لا يحبس ، وحيث : فلا يبقى لتجوير المطالبة فائدة . انتهى^(١) ، وسيأتي الجواب عنه .

قوله : (بل ولا يُرْسَمُ عليه) أي : لا يلزم عليه ؛ لثلا يثبت له حق على الأصيل بمجرد الضمان ، قاله ابن الرفعة .

قوله : (ولكن فائدة مطالبة الضامن له مع ذلك) أي : مع عدم جواز الحبس والترسيم .

قوله : (إحضاره) أي : الأصيل .

قوله : (مجلس الحكم وتفسيره إذا امتنع) أي : مع يساره كما هو ظاهر ، ومقصوده بقوله : (ولكن فائدة . . .) إلخ الجواب عن استشكل عدم الحبس في ذلك بأنه لا فائدة في المطالبة بخلافه حيث ؛ لأنه لا يبالي بها ، وحاصل الجواب : أن فائدتها لا تنحصر في ذلك ، بل من فوائدها : إحضاره مجلس الحكم ، وتفسيره إن امتنع مع يساره ، فهو نظير الفرع له أن يطالب أصله بدينه وليس له حبسه ، وسيد المكاتب له أن يطالبه بدين الكتابة وليس له حبسه ، تأمل .

قوله : (وللضامن) أي : بعد أدائه من ماله كما أفاده السياق . « نهاية »^(٢) .

قوله : (الرجوع على الأصيل) أي : المضمون عنه .

قوله : (إن أذن له في الضمان) أي : لأنه صرف ماله لغرض الغير الواجب عليه ، أما لو أدى من سهم الغارمين . . فلا رجوع له كما ذكره في (قسم الصدقات) خلافاً للمتولي ، وكذا لو ضمن العبد سيده بإذنه لأجنبي ثم أدى بعد عتقه ؛ لأنه لما جرى سبب الوجوب قبل العتق . . كان المغروم بسبب الضمان كأنه من مال السيد .

قوله : (وإن لم يأذن له في الدفع) أي : الأداء ، بل وإن نهاه عنه ، لكن بعد الضمان ، أما لو نهاه قبله : فإن انفصل عن الإذن ؛ بأن طال الزمن بينهما . . فهو رجوع عن الإذن ، وهو صحيح ،

(١) مغني المحتاج (٢/ ٢٧٠) .

(٢) نهاية المحتاج (٤/ ٤٦٠) .

لِإِذْنِهِ فِي سَبِيهِ . نَعَمْ ؛ إِنْ ثَبِتَ الضَّمَانُ بِالْإِذْنِ بِالْبَيِّنَةِ وَهُوَ مُنْكَرٌ . . . لَمْ يَرْجَعْ ؛ لِأَنَّهُ مَظْلُومٌ بِزَعْمِهِ ،
وَلَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِ ظَالِمِهِ . أَمَّا الضَّامِنُ بِغَيْرِ الْإِذْنِ . . . فَلَا يَرْجِعُ

والا . . أفسده ، فإذا ضمن في هاتين الحالتين . . كان ضامناً بغير إذن ؛ فلا يرجع إذا أدى الدين على
الأصيل ، تأمل .

قوله : (لإذنه في سببه) أي : الدفع الذي هو الأداء فإن الضمان هو الأصل والإذن فيه إذن فيما
يترتب عليه ، ويبحث بعضهم أن شرط الرجوع أن يؤدي عن جهة الضمان ، وجرى عليه في
« النهاية »^(١) ، لكن قال في « الفتح » : (فيه نظر ، بل الوجه : أن الشرط عدم الصارف من قصد
نحو التبرع ؛ لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة ، فانصرف إليه أداء الضامن لبراءة ذمته ؛ إذ لا غالب
يعارضه) تأمل^(٢) .

قوله : (نعم ؛ إن ثبت الضمان بالإذن . . .) إلخ ، هذا استدراك على إطلاق المصنف الرجوع .
قوله : (بالبينة) متعلق بـ (ثبت) .

قوله : (وهو منكر) أي : والحال أن الضامن منكر للضمان ؛ بأن أنكر أصل الضمان فثبت عليه
بالبينة مع إذن الأصيل له فيه فكذبها .
قوله : (لم يرجع) أي : على الأصيل .

قوله : (لأنه مظلوم بزعمه) أي : لأن الغارم بسبب تكذيبه للبينة صار مظلوماً بزعمه .
قوله : (ولا يرجع على غير ظالمه) أي : والمظلوم لا يرجع على غير ظالمه ؛ وهو هنا
المستحق ، قال في « شرح المنهج » : (ولو ادعى على زيد وغائب ألفاً وهما متضامنان بالإذن ،
وأقام بذلك بيينة ، وأخذ الألف من زيد : فإن لم يكذب البينة . . رجع على الغائب بنصفها ، وإلا . .
فلا ؛ لأنه مظلوم بزعمه . . .) إلخ^(٣) ، قال الجمل : (ومثله ما لو ادعى على الدائن أنه أخذ خمس
مئة من الغائب ؛ لأنه حينئذ معترف بأنه أخذها [منه] ظلماً)^(٤) .

قوله : (أما الضامن بغير الإذن) مقابل قول المتن : (إن أذن له في الضمان) .
قوله : (فلا يرجع) أي : على الأصيل وإن أذن في الأداء ؛ لأن وجوب الأداء سببه الضمان ولم
يأذن فيه ، وعلم منه بالأولى ما إذا لم يأذن فيهما فلا يرجع اتفاقاً ؛ لأنه تبرع محض ، قال الجمل :

(١) نهاية المحتاج (٤/٤٦٢) .

(٢) فتح الجواد (١/٥٠١-٥٠٢) .

(٣) فتح الوهاب (١/٢١٦) .

(٤) فتوحات الوهاب (٣/٣٩٠) .

نَعَمْ ؛ إِنْ أَدَّى بِالِإِذْنِ وَشَرَطَ الرُّجُوعَ عَلَى الْأَصِيلِ . . رَجَعَ عَلَيْهِ . (وَمَنْ أَدَّى دَيْنَ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ . . رَجَعَ عَلَيْهِ) وَإِنْ لَمْ يَشْرُطِ الرُّجُوعَ ؛

(فالحاصل : أنه إن ضمن بالإذن . . يرجع مطلقاً ، وإن ضمن بغير الإذن . . لم يرجع مطلقاً ؛ أي : سواء أدى بالإذن أو لا)^(١) .

قوله : (نعم ؛ إن أدى بالإذن . .) إلخ ، استدراك على إطلاق عدم الرجوع فيما ذكر .
قوله : (وشروط الرجوع على الأصل) بحث ابن قاسم : (أن التعريض بشروط الرجوع يقوم مقامه ؛ كأن يقول له : أَدِّ ولا أفوت عليك شيئاً أو أعوض عليك أو أكافئك ؛ كما قالوا نظير ذلك فيمن عمل لغيره بغير تصريح بأجرة) فليراجع^(٢) .

قوله : (رجع عليه) أي : على الأصل ، وهذا ظاهر إن أدى عن جهة الإذن ، فإن قصد الأداء عن جهة الضمان فقط . . فينبغي كما قاله ابن قاسم عدم الرجوع ؛ لأنه صرف الأداء عن الجهة المقتضية للرجوع ، وإن أطلق ؛ بأن لم يقصد واحدة من الجهتين . . رجع كما اقتضاء كلامه كغيره ، ووجه بأن وقوعه بعد الإذن يقتضي إلغاء النظر إلى الضمان وقصر النظر على الإذن ما لم يقصد الصرف عنه ، ولو قصد الأداء عن الجهتين معاً . . فالأقرب : أنه يقسم بينهما ؛ إذ لا مرجح ، فليتأمل^(٣) .

قوله : (ومن أدى دين غيره) أي : ولو نحو زكاة ، قاله في « الفتح »^(٤) .

قوله : (بإذنه) أي : الغير في الأداء .

قوله : (من غير ضمان) أي : من ذلك المؤدي .

قوله : (رجع عليه) أي : رجع المؤدي على من أدى عنه .

قوله : (وإن لم يشترط الرجوع) أي : بأن أذن له إذناً مطلقاً عن شرط الرجوع فأدى لا بقصد التبrec ، قال الجمل : (لا ينافي هذا قوله سابقاً : نعم ؛ إن أدى بالإذن وشروط الرجوع . . إلخ ؛ لأنه هناك ضامن بلا إذن ، فلما وجد هناك سبب آخر للأداء غير الإذن فيه ؛ وهو كون الأداء عن جهة الضمان الذي بلا إذن . . اعتبر شرط الرجوع ، ومن ثم : اشترط في رجوعه أيضاً الأداء عن جهة الإذن - أي : أو الإطلاق - لا عن الضمان) تأمل^(٥) .

(١) فتوحات الوهاب (٣ / ٣٨٩) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (٥ / ٢٧٥) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٥ / ٢٧٥) .

(٤) فتح الجواد (١ / ٥٠١) .

(٥) فتوحات الوهاب (٣ / ٣٩١) .

لأنَّه نائبه حيثُذ ، بخلافه بغيرِ إذنه ؛ لتبرُّعه . ولو أدَّى دينَ محجوره بنية الرجوع أو ضمَّته كذلك ..
رَجَعَ ..

قوله : (لأنه) أي : المؤدي ؛ تعليل لجواز رجوعه .

قوله : (نائبه حيثُذ) أي : حين إذ أدَّى بإذن المؤدي عنه ؛ كما لو قال : اعلف دابتي .. فإنه يرجع به وإن لم يشترط الرجوع ، وفارق ما لو قال : أطعمني رغيفاً .. فإنه لا يرجع بجريان المسامحة في مثله ؛ ولذا لا أجره في نحو : اغسل ثوبي على أن المسامحة في المنافع أكثر منها في الأعيان ، وبه يعلم اتجاه ما مال إليه السيد عمر البصري : أنه إذا اطرده عرف بالمسامحة بالعلف .. لا يرجع ؛ نظراً إلى أنه حيثُذ لا يخطر ببال الآذن التزام العوض ، ولا ببال الدافع الطمع فيه ، وإذا اطرده عرف بعدم المسامحة بالرغيف ، ودلت القرينة على التزام العوض من الطالب .. وجب العوض ، قال : لأن المعول عليه في حل مال الغير طيب النفس ؛ كما صرح به الحديث الصحيح .
قوله : (بخلافه) أي : أداء الدين .

قوله : (بغيرِ إذنه) أي : الغير فإنه لا يرجع عليه حيث لم يكن المؤدي أباً أو جداً .

قوله : (لتبرُّعه) أي : بالأداء ، وفارق ما لو أوجر طعامه مضطراً قهراً أو وهو مغمى عليه حيث يرجع عليه ؛ لأنه ليس متبرعاً ، بل يجب عليه خلاصه من الهلاك ، ولما فيه من تحريض على مثل ذلك . « مغني »^(١) ، وأخذ من قوله : (مضطراً) : أنه وصل إلى حد لا يمكن العقد معه [فيها] .
قوله : (ولو أدَّى) أي : الأب أو الجد ، هذا في قوة الاستدراك على قوله : (بخلافه بغيرِ إذنه) ، فلو أبدل الواو بنعم .. لكان أظهر .

قوله : (دين محجوره) أي : من صبي أو مجنون .

قوله : (بنية الرجوع) أي : على المحجور ، ويصدق في ذلك بيمينه ؛ لأن النية لا تعلم إلا منه . (ع ش)^(٢) .

قوله : (أو ضمَّته كذلك) أي : أو ضمن الولي دين محجوره بنية الرجوع .

قوله : (رجع) أي : كما نقلوه عن القفال وغيره ؛ لأن كلاً من الأب والجد يقدر على تملك فرعه المحجور ؛ لكونه يتولى الطرفين ، فكأنه أقرضه له وقبض له ثم أداه عنه ، ويبحث في صورة الضمان : أنه إذا لم يقصد الأداء عن غير جهة الضمان [لا يرجع] ؛ أخذاً مما مر .

(١) مغني المحتاج (٢/٣٧٢) .

(٢) حاشية الشيرازي (٤/٤٦٣) .

(وَلَا يَرْجِعُ الضَّامِنُ وَالْمُؤَدِّي بِالْإِذْنِ إِلَّا إِذَا أَشْهَدَا) على الأداء ولو رجلاً مستوراً ليحلف معه ؛ إذ الشاهد مع اليمين حجة كافية

قوله : (ولا يرجع الضامن) أي : على الأصل .

قوله : (والمؤدي بالإذن) أي : من غير ضمان على المؤدي عنه .

قوله : (إلا إذا أشهدا على الأداء) أي : من لم يعلم سفره عن قرب ؛ أي : عرفاً فيما يظهر ، ويحتمل [ضبطه] بمن لا يعلم سفره قبل ثلاثة أيام . « تحفة »^(١) ، فلا يكفي إشهاد من يسافر قريباً ؛ لأنه لا يفضي إلى المقصود .

قوله : (ولو رجلاً مستوراً) أي : فلا يشترط الرجلان ولا العدالة الباطنة هنا ، فلو أشهد المستور فبان فسقه . . كفى في الأصح ؛ لإتيانه بحجة ، ولتعدد اطلاعه على الباطن ، فكان معذوراً ؛ فإن طلب الاستزكاء ومعرفة باطن أحوال الشهود من منصب الحاكم ؛ فلا ينسب في تركه إلى تقصير .

قوله : (ليحلف معه) أي : مع الرجل الواحد ، وهذه اللام لام العاقبة كما في قوله تعالى : ﴿ فَالْنَّقْطَةُءَالُ فِرْعَوْنَ لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوًّا وَحَزَنًا ﴾ فليس المراد : أنه يعزم حالة إشهاد الواحد على الحلف معه ؛ لأنه غير شرط ، بل لو عزم حيثنذ على عدم الحلف معه ثم حلف . . كفى ؛ لوجود الحجة ، أو عزم على الحلف معه ثم لم يحلف معه . . لم يكف كما اعتمده في غير هذا الكتاب ؛ لتبين أن إشهاده للواحد فقط كالعيب ، قال في « التحفة » و « النهاية » : (فقول « الحاوي » : « إن لم يقصده . . كان كمن لم يشهد » : محمول على ما إذا لم يحلف أصلاً) انتهى^(٢) ، قال الشرواني : (ولا يخفى بعد هذا الحمل ، بل لا يحتمله اللفظ) فليتأمل^(٣) .

قوله : (إذ الشاهد مع اليمين حجة كافية) أي : في إثبات الأداء ، ولا يضر احتمال الرفع إلى حنفي ، كما لا يضر غيبته ولا موته ؛ لأنه أتى بما عليه ، والقول بأن ذلك لا يكفي هنا ؛ لأنهما قد يترافعان إلى حنفي لا يقضي بشاهد ويمين فكان ضرباً من التقصير . . رده الإمام بأنه لم يشترط أحد إشهاد من يتفق العلماء على قبوله .

نعم ؛ بحثاً في « التحفة » و « النهاية » : أنه لو كان كل الإقليم حاكمه حنفي . . لا يكفي ذلك^(٤) ، وقال الأذري : ([ولو قيل] : إن كان حاكم البلد حين الدفع والإشهاد حنفيّاً فهو مقصر . . لم

(١) تحفة المحتاج (٢٧٩/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٧٩/٥) ، نهاية المحتاج (٤٦٤/٤) .

(٣) حاشية الشرواني (٢٧٩/٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٧٩/٥) ، نهاية المحتاج (٤٦٤/٤) .

(أَوْ أَدْيَا بِحَضْرَةِ الْأَصِيلِ . أَوْ صَدَقَهُمَا الْغَرِيمُ) الْمَضْمُونُ لَهُ ، أَوْ الْمُؤَدَّى إِلَيْهِ ، أَوْ وَارِثُهُ الرَّشِيدُ (فِي الدَّفْعِ) وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ ؛ لَتَقْصِيرِ الْأَصِيلِ بِتَرْكِ الْإِشْهَادِ ؛ إِذْ هُوَ الْأَوَّلِيُّ بِالْإِحْتِيَاظِ ، وَلِسُقُوطِ الْطَّلَبِ بِتَصَدِيقِ الْغَرِيمِ عَلَى الْأَدَاءِ إِلَيْهِ

يبعد) ، قال في « المغني » : (والظاهر : إطلاق الأصحاب)^(١) .

قوله : (أَوْ أَدْيَا) أي : الضامن والمؤدي بالإذن ، عطف على (أشهدا) .

قوله : (بحضرة الأصيل) أي : المدين ولو مع تكذيب الدائن ؛ لعلم المدين بالأداء وهو مقصر بترك الإشهاد . انتهى « شرح المنهج »^(٢) ، وسيأتي في الشرح مثله .

قوله : (أَوْ صَدَقَهُمَا) أي : الضامن والمؤدي بالإذن .

قوله : (الغريم) أي : الدائن وكذبهما الأصيل ولا بينة .

قوله : (المضمون له أَوْ الْمُؤَدَّى إِلَيْهِ) بدل من (الغريم) .

قوله : (أَوْ وَارِثُهُ الرَّشِيد) أي : فتصديق ورثة رب الدين المطلقين التصرف كتصديقه ، وهل تصديق الإمام حيث يكون الدين لبيت المال كتصديق الوارث الخاص ؟ توقف فيه الأذرعي ، قال في « المغني » : (والظاهر كما قاله بعض المتأخرين : عدم الإلحاق ؛ لأن المال لغيره)^(٣) ، واعتمده أيضاً في « التحفة »^(٤) ، وقال في « النهاية » : (والأوجه : خلافه ؛ لسقوط الطلب بذلك حيث اعترف الوارث المذكور بقبضه ، أما إقرار العام بقبض المورث . . فغير مقبول كإقرار الولي ، ويمكن حمل الأول عليه) تأمل^(٥) .

قوله : (فِي الدَّفْعِ) أي : الأداء ، متعلق بـ (صدقهما) .

قوله : (وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ) أي : الضامن أَوْ الْمُؤَدَّى .

قوله : (لَتَقْصِيرِ الْأَصِيلِ بِتَرْكِ الْإِشْهَادِ) وهذا تعليل لقول المتن : (لو أديا بحضرة الأصيل) .

قوله : (إِذْ هُوَ الْأَوَّلِيُّ بِالْإِحْتِيَاظِ) تعليل للتعليل ؛ فإنه حيث كان حاضراً . . كان أولي بالاحتياط

لنفسه ، فالتقصير بترك الإشهاد منسوب إليه ؛ فأشبه ما لو أمره بتركه فتركه .

قوله : (وَلِسُقُوطِ الطَّلَبِ بِتَصَدِيقِ الْغَرِيمِ عَلَى الْأَدَاءِ إِلَيْهِ) تعليل لقول المتن : (أَوْ صَدَقَهُمَا

(١) مغني المحتاج (٢٧٣/٢) .

(٢) فتح الوهاب (٢١٦/١ - ٢١٧) .

(٣) مغني المحتاج (٢٧٣/٢) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٨٠/٥) .

(٥) نهاية المحتاج (٤٦٥/٤) .

وحيثُ رجعَ الضَّامِنُ أَوْ الْمُؤَدِّي . . فَإِنَّمَا يَرْجِعُ بِالْأَقْلُ مِنَ الدَّيْنِ وَقِيَمَةِ الْعَيْنِ الَّتِي صَالَحَ بِهَا ، بخلافِ ما لو باعَ الْمُسْتَحَقُّ عَيْنًا بِالْكَدِّينِ وَتَقَاصًا . . فلا يَرْجِعُ إِلَّا بِالْكَدِّينِ .

الغريم) فإنه إذا أقر الغريم . . سقطت المطالبة عن الأصيل ؛ لأنه أقوى من البينة ، ولو قال : أشهدت بالأداء شهوداً وماتوا أو غابوا أو طرأ فسقهم وكذبه الأصيل في الإشهاد . . صدق الأصيل بيمينه ولا رجوع ؛ لأن الأصل : عدم براءة ذمته وعدم الإشهاد ، وإن كذبه الشهود . . فكما لو لم يشهد ، ولو قال الشهود : لا ندرى وربما نسينا . . فلا رجوع كما رجحه الإمام وجعله أولى بذلك من دعواه موت الشاهد .

قوله : (وحيث رجع الضامن أو المؤدي . .) إلخ ، اعلم : أنه حيث ثبت الرجوع . . فحكمه حكم القرض حتى يرجع في المتقوم بمثله صورة ، فلو أدى مكسراً عن صحاح . . فلا يرجع إلا بما غرم ؛ لأنه الذي بذله ، ولو صالح الضامن المستحق من الدين على بعضه ، أو أدى إليه البعض وأبرأه من الباقي . . رجع بما أدى وبرىء فيها ، وبرىء الأصيل من الباقي في صورة الصلح دون صورة البراءة ؛ لأن الصلح يقع عن أصل الدين ، وبراءة الضامن إنما تقع عن الوثيقة ، تأمل .

قوله : (فإنما يرجع بالأقل من الدين وقيمة العين التي صالح بها) أي : حيث وقع بينه وبين المستحق صلح ؛ فلو صالحه من عشرة دراهم على ثوب قيمته خمسة أو من خمسة دراهم على ثوب قيمته عشرة . . فلا يرجع إلا بخمسة ؛ لأنها المغرومة في الأولى ، ولتبرعه بالزائد عليها في الثانية . قوله : (بخلاف ما لو باع المستحق عيناً بالدين) أي : كان باعه العبد بالدين الذي ضمنه ؛ كأن يقول : بعته بما ضمنته لك .

قوله : (فلا يرجع إلا بالدين) أي : على الأصيل ، ويقدر أنه دخل بالبيع في ملكه ، ثم انتقل إلى ملك المستحق ، هذا ما اختاره النووي^(١) ، قال الأذرعى : وليس بظاهر ؛ ولهذا : قال السبكي : الوجه : أنه يرجع بالأقل كما في مسألة الصلح ؛ وإلا . . فما الفرق .

قال في « التحفة » : (ويفرق بأن الغالب في الصلح المسامحة بترك بعض الحق ، وعدم مقابلة المصالح به لجميع المصالح عنه فرجع بالأقل ، وفي البيع المشاحة ومقابلة جميع [الثلث] بجميع المبيع من غير نقص لشيء منهما فرجع بالثلث - أي : الدين في مسألتنا - فاندفع ما يقال : الصلح بيع أيضاً) انتهى^(٢) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) روضة الطالبين (٢٦٧/٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٧٥/٥) .

(فَصْلٌ)

في الشَّرْكَةِ

وهي لغة : الاختلاطُ شيوعاً أو مُجاورةً ، وشرعاً : ثبوتُ حقٍّ أو عقدٌ يَقْتَضِي ثبوتهُ في شيءٍ ،
لأكثرَ من واحدٍ على جهةِ الشُّيُوعِ قهراً - كالإرث -

قوله : (فصل : في الشركة) بكسر الشين وسكون الراء ، وحكي فتح الشين وسكون الراء وكسرهما ، وقد يقال : شرك بحذف هائها فتصير مشتركا بين الاختلاط والنصيب ، قال تعالى : ﴿ وَمَا لَهُمْ فِيهِمَا مِنْ شِرْكَ ﴾ أي : نصيب .

قوله : (وهي لغة : الاختلاط) أي : مطلق الاختلاط .

قوله : (شيوعاً أو مجاورة) أي : سواء كان على سبيل الشيوع أو المجاورة بعقد أو بغيره ، فيكون المعنى الشرعي فرداً من أفرادها ، كذا اشتهر ، ولكن قال القليوبي : (والوجه : أن الشرعي أعم على خلاف الأصل ، أو أن بينهما عموماً من وجه ، فليتأمل)^(١) .

قوله : (وشرعاً : ثبوت حق) أي : ولو قهراً شائعاً في شيء لأكثر من واحد ، والمراد كما أفاده القليوبي : ثبوته حالا أو مآلاً بالفعل أو بالقول ؛ بدليل الأنواع الآتية ، تأمل^(٢) .

قوله : (أو عقد يقتضي ثبوته) أي : الحق ، والمراد بالعقد هنا : لفظ يشعر بالإذن أو نفسه في بعض الصور كما سيأتي ، فتسميتها عقداً فيها مسامحة ؛ لعدم اشتمالها على إيجاب وقبول . بجيرمي^(٣) .

قوله : (في شيء لأكثر من واحد على جهة الشيوع) أي : جهة هي الشيوع لا المجاورة ، وهذا من تنمة التعريفين كما علم مما قررته ، ومعنى قوله : (لأكثر من واحد) أي : لاثنتين فأكثر ، ثم التعريف الثاني في هذا المقام أولى كما قاله في « شرح المنهج »^(٤) لأن الأول يصدق بالحق المالي وغيره ؛ كالفقاصص ، وبالثبوت الاختياري [و] القهري ؛ كالإرث ، وليس مراداً ، بل المراد : الثبوت اختياراً في مال ، فقوله : (فصل : في الشركة) أي : العقد الصحيح بالمعنى السابق عن البجيرمي ، تأمل .

قوله : (قهراً كالإرث) أي : كان ورثاً شيئاً فإنه مشترك بينهما على جهة الشيوع ، وليس من الشركة التي الكلام فيها . (ع ش) .

(١) حاشية قليوبي (٣٣٢/٢) .

(٢) حاشية قليوبي (٣٣٢/٢) .

(٣) التجريد لنفع العبيد (٣٩/٣) .

(٤) فتح الوهاب (٢١٧/١) .

أَوْ اخْتِيَاراً كَالشِّرَاءِ ، وَهَذَا حَيْثُ قُصِدَ بِهِ ابْتِغَاءُ الرِّيحِ بِلَا عَوْضٍ . . . هُوَ مَقْصُودُ أَلْبَابِ . (وَتَصَحُّ الشَّرْكَه)

قوله : (أَوْ اخْتِيَاراً كَالشِّرَاءِ) أي : كَانَ يَشْتَرِي شَيْئاً عَلَى جِهَةِ الشُّوْع (وَهَذَا) أي : الْعَقْدُ الَّذِي يَقْتَضِي ذَلِكَ ، وَقَالَ الْكُرْدِيُّ : إِشَارَةٌ إِلَى الشِّرَاءِ . انْتَهَى شُرَوَانِي ^(١) .

قوله : (حَيْثُ قُصِدَ بِهِ ابْتِغَاءُ الرِّيحِ) أي : طَلَبُ الرِّيحِ ، قَالَ فِي « الْمَصْبَاحِ » : (بَغْيَتُهُ أَبْغِيهِ بَغْياً : طَلَبْتُهُ ، وَابْتَغْيَتُهُ وَتَبَغَّيْتُهُ مِثْلُهُ ، وَالْأَسْمُ : الْبَغَاءُ وَزَانَ غَرَابِ) ^(٢) .

قوله : (بِلَا عَوْضٍ) كَذَا فِي « الْفَتْحِ » وَ« التَّحْفَةِ » ^(٣) ، قَالَ الشُّرَوَانِيُّ : (لَمْ يَظْهَرْ لِي مُحْتَزُّهُ ، عِبَارَةٌ « النَّهَايَةِ » وَ« الْمَغْنِيِّ » : وَمَقْصُودُ الْبَابِ شَرَكَةٌ تَحْدُثُ بِالْإِخْتِيَارِ بِقَصْدِ التَّصَرُّفِ وَتَحْصِيلِ الرِّيحِ ، وَلَيْسَتْ عَقْداً مُسْتَقِلًّا ، بَلْ هِيَ فِي الْحَقِيقَةِ وَكَالَةِ وَتَوَكُّيلٍ ؛ كَمَا يُؤْخَذُ مِمَّا سَيَأْتِي) ^(٤) .

قوله : (هُوَ مَقْصُودُ الْبَابِ) أي : التَّرْجُمَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَصْنُفَ لَمْ يَعْبُرْ بِهِ ، بَلْ بِالْفَصْلِ ، قَالَ فِي « التَّحْفَةِ » : (وَإِنَّمَا ^(٥)) لَمْ نَقْلُ : إِنَّ الْمُرْتَجَمَ لَهُ هُوَ الْإِذْنُ فِي التَّصَرُّفِ فِي الْمَشْرُوكِ لِابْتِغَاءِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ وَاحِداً مِنَ الثَّبُوتِ وَالْعَقْدِ الْمُحْصُورِ فِيهِمَا مَدْلُولُ الشَّرَكَةِ الشَّرْعِيَّةِ ، بِخِلَافِ عَقْدِ نَحْوِ الشِّرَاءِ بِالْمَشْرُوكِ لِابْتِغَاءِ ذَلِكَ) فَلْيَتَأَمَّلْ ^(٦) .

قوله : (وَتَصَحُّ الشَّرَكَةُ . . .) إِنْخ ، الْأَصْلُ فِيهَا قَبْلَ الْإِجْمَاعِ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ الْآيَةُ ، وَخَبَرُ السَّائِبِ بْنِ أَبِي السَّائِبِ صَيْفِيِّ بْنِ عَائِذِ الْمَخْزُومِيِّ : أَنَّهُ كَانَ شَرِيكَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَبْلَ الْبُعْثَةِ ، فَجَاءَ إِلَيْهِ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ فَقَالَ لَهُ : « مَرْحَباً بِأَخِي وَشَرِيكِي » رَوَاهُ أَبُو دَاوُودَ وَالْحَاكِمُ وَصَحَّحَهُ ^(٧) ، فَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَقْرِيرٌ مِنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَهَا ، وَفِي الْحَدِيثِ الْقُدْسِيِّ يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى : (أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا ، فَإِذَا خَانَهُ . . . خَرَجْتَ مِنْ بَيْنِهِمَا) رَوَاهُ أَبُو دَاوُودَ وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ أَيْضاً ^(٨) ، وَالْمَعْنَى : أَنَا مَعَهُمَا بِالْحِفْظِ وَالْإِعَانَةِ ، فَأَمَدَهُمَا بِالْمَعَاوَنَةِ فِي أَمْوَالِهِمَا ، وَأَنْزَلَ الْبَرَكَهَ فِي تِجَارَتِهِمَا ، فَإِذَا وَقَعَتْ أَيْ : الْخِيَانَةُ . . رَفَعْتَ الْبَرَكَهَ وَالْإِعَانَةَ عَنْهُمَا ، وَهُوَ مَعْنَى : (خَرَجْتَ مِنْ بَيْنِهِمَا) .

(١) حاشية الشُّرَوَانِيِّ (٢٨١ / ٥) .

(٢) الْمَصْبَاحُ الْمُنِيرُ ، مَادَّةُ : (بَغْيٌ) .

(٣) فَتْحُ الْجَوَادِ (٥٠٣ / ١) ، تَحْفَةُ الْمُحْتَاجِ (٢٨١ / ٥) .

(٤) حاشية الشُّرَوَانِيِّ (٢٨١ / ٥) .

(٥) فِي الْأَصْلِ : (وَلِذَا) ، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَثْبَتَ ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

(٦) تَحْفَةُ الْمُحْتَاجِ (٢٨١ / ٥) .

(٧) سَنَنُ أَبِي دَاوُودَ (٤٨٣٦) ، الْمُسْتَدْرَكُ (٦١ / ٢) .

(٨) سَنَنُ أَبِي دَاوُودَ (٣٣٨٣) ، الْمُسْتَدْرَكُ (٥٢ / ٢) عَنْ سَيِّدِنَا أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

أي : شِرْكَةُ الْعِنَانِ ، مِنْ (عَنَّ) : ظَهَرَ ؛ لِأَنَّهَا أَظْهَرُ الْأَنْوَاعِ دُونَ شِرْكَةِ الْأَبْدَانِ وَالْمَفَاوِضَةِ ؛ بِأَنْ يَجْعَلَ كَسْبَهُمَا بِيَدِنِهِمَا ، أَوْ مَالِهِمَا

قوله : (أي : شركة العنان) هي : أن يشتركا في مال لهما ؛ ليتجرا فيه على ما سيأتي بيانه .
 قوله : (من عَنَّ : ظهر) أي : أن العنان في شركة العنان ؛ مأخوذ من عَنَّ إذا ظهر .
 قوله : (لأنها أظهر الأنواع) أي : الأربعة : شركة أبدان ، وشركة مفاوضة ، وشركة وجوه ، وشركة عنان ، وهذه أظهرها ؛ لصحتها بالإجماع ، وقيل : إنه من عَنَّ الشيء : عرض ؛ لأن كلاً قد عرض له أن يشارك الآخر ، وقيل : من عنان السماء ؛ أي : سحابه ؛ لأنها علت كالسحاب بصحتها وشهرتها ، وقيل : من عنان الدابة ، وهو المشهور كما قاله السبكي ؛ لاستواء الشريكين في ولاية التصرف والفسخ ، واستحقاق الربح بقدر المالين ؛ كاستواء طرفي العنان ، أو لمنع كل منهما الآخر من التصرف كما شاء ؛ كمنع العنان الدابة ، أو لمنع الشريك نفسه من التصرف في المشترك ؛ وهو مطلق التصرف في سائر أمواله ؛ كمنع الأخذ لعنان الدابة إحدى يديه من استعمالها كيف شاء ويده الأخرى مطلقاً يستعملها كيف شاء .

قوله : (دون شركة الأبدان) هي : أن يتفق محترفان كخياطين وحمالين على أن كسبهما^(١) بأبدانهما بينهما متساوياً أو متفاوتاً مع اتفاق الصنعة ؛ كنجار ونجار ، أو اختلافها ؛ كخياط ونجار .
 قوله : (والمفاوضة) أي : ودون شركة المفاوضة بفتح الواو من قولهم : تفاوضا في الحديث : شرعا فيه جميعاً ، وقيل : من قوم فَوْضَى بفتح الفاء ؛ أي : مستوين في الأمور ، ومنه قول الشاعر :

لا يصلح الناس فَوْضَى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا^(٢)

قوله : (بأن يجعل كسبهما) لعله بمعنى : مكسوبهما ، ابن قاسم^(٣) .

وعبارة « الأسنى » : وهي : أن يتفقا على أن يكون ما يكسبان ويربحان . . . إلخ^(٤) .

قوله : (بيدنهما أو مالهما) أي : من غير خلط كما في « التحفة » و« النهاية »^(٥) ، و(أو) مانعة خلو ، فتفيد أنها تكون بالأبدان فقط ، وبالأموال فقط ، وبهما معاً . قليوبي^(٦) .

(١) في الأصل : (يكتسبا) ، لعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) ديوان الأفوه الأودي (ص ٦٦) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٨٢ / ٥) .

(٤) أسنى المطالب (٢٥٥ / ٢) .

(٥) تحفة المحتاج (٢٨٢ / ٥) ، نهاية المحتاج (٤ / ٥) .

(٦) حاشية قليوبي (٣٣٣ / ٢) .

بينهما ، مع تساوي واتفاق حرفة أم لا ، وغرمهما بينهما ، والوجوه ؛ كأن يتفقا على أن يشتريا في ذمتهم ، أو أحدهما يشتري والآخر يبيع ،

قوله : (بينهما) متعلق بـ (يجعلان) .

قوله : (مع تساوي واتفاق حرفة أم لا) أي : بأن كانا متفاوتين أو مختلفين في الحرفة .

قوله : (وغرمهما بينهما) يعني : أن يشترط أن عليهما ما يغرم بسبب غصب أو غيره مما يتعلق بالمال أو غيره ، فالمراد كما قاله الشرقاوي : غرم لا بسبب الشركة^(١) ؛ وإلا . . فالغرم بسببها موجود في شركة العنان أيضاً ، وبهذا القيد انفردت شركة المفاوضة عن شركة الأبدان السابقة فإنها لا تقيد به ، فبينهما عموم من وجه ؛ يجتمعان فيما إذا اشتركا بأبدانهما وقالوا : وعلينا ما يغرم ، وتنفرد شركة الأبدان فيما إذا لم يقلوا ذلك ، وتنفرد شركة المفاوضة فيما إذا اشتركا بمالهما ، تأمل .

قوله : (والوجوه) أي : ودون شركة الوجوه ، من الوجاهة ؛ أي : العظمة والصدارة لا من الوجه ، قال في « المصباح » : (وجه بالضم وجاهة فهو وجيه : إذا كان له حظ ورتبة ، قال : وهو أحسن القوم وجهاً قيل : معناه : أحسنهم حالاً ؛ لأن حسن الظاهر يدل على حسن الباطن ، وشركة الوجوه أصلها : شركة بالوجوه ، فحذفت الباء ثم أضيفت مثل شركة الأبدان ؛ أي : بالأبدان ؛ لأنهم بذلوا وجوههم في البيع والشراء ، قال : والوجه : ما يتوجه إليه الإنسان من عمل وغيره ، وقولهم : « الوجه أن يكون كذا » جاز أن يكون من هذا ، وجاز أن يكون بمعنى القوي الظاهر ؛ أخذاً من قولهم : « قدمت وجوه القوم » أي : ساداتهم ، وجاز أن يكون من الأول ؛ ولهذا القول وجه ؛ أي : مأخذ وجهة أخذ [منها] ^(٢) .

قوله : (كأن يتفقا) أي : الوجهيان عند الناس ؛ لحسن معاملتهما معهم . « تحفة » و« نهاية »^(٣) .

قوله : (على أن يشتريا في ذمتهم) أي : بمؤجل أو حال ، ويكون المشتري لهما يبيعهان ويؤديان الأثمان ، ويكون الفاضل بينهما .

قوله : (أو أحدهما يشتري والآخر يبيع) هذا صادق بصورتين :

إحداهما : أن يتفق وجيه وخامل على أن يشتري الوجهيه في الذمة ويبيع الخامل ويكون الربح

بينهما .

(١) حاشية الشرقاوي (١١١/٢) .

(٢) المشتاق التميز ، ملدة : (وجه) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٨٢/٥) ، نهاية المحتاج (٤/٥) .

والربح بينهما ، فهذه الثلاثة باطلة بخلاف الأولى ،

وثانيتها : أن يتفق وجهه لا مال له وخامل له مال على أن يكون المال من الخامل والعمل من الوجه من غير تسلم للمال والربح بينهما ، قال الشيخان : (ويقرب منه ما ذكره الغزالي : أن يدفع خامل مالاً إلى وجهه ليبيعه بزيادة ويكون له بعض الربح)^(١) ، وأشهر هذه التفاسير الأول ، وقول صاحب « البهجة » :

ومن يبيع الربح باع مالا لغيره فأجر مثل نال^(٢)

إشارة إلى شركة الوجوه ، لكنه إنما يصدق بما عدا التفسير الأول الأشهر . نعم ؛ قد يصدق به في بعض تقاديره ؛ وذلك فيما إذا اشترى أحدهما على وجه وقع الشراء له دون الآخر ، فإذا باع الآخر . صدق ما ذكر ، ولا ينافيه اشتراط كونه بينهما ؛ إذ لا يلزم منه أن يشتريه لهما ، تدبر .

قوله : (والربح بينهما) راجع لجميع التفاسير الثلاثة ؛ كما علم مما قررته .

قوله : (فهذه الثلاثة) أي : شركة الأبدان ، والمفاوضة ، والوجوه بتفاسيرها الثلاثة .

قوله : (باطلة) أي : لخلوها عن المال المشترك الذي يرجع إليه عند القسمة ، ولكثرة الغرر فيها ولا سيما شركة المفاوضة ، وقد قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : (إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة . فلا باطل أعرفه في الدنيا)^(٣) ، أشار به إلى كثرة الغرر والجهالات فيها ، وفي الحديث : « كل شرط ليس في كتاب الله . فهو باطل »^(٤) ، (ونهى عن الغرر)^(٥) ، وكل منهما لا يدرى أيكسب صاحبه شيئاً أم لا وكم قدر كسبه ؟ ولأنها معقودة على أن يشارك كل منهما الآخر فيما يختص بسببه فلم تصح ، كما لا تصح على ما يرثان أو يتهبان ، وأيضاً : فإن المعقود عليه فيها العمل كما أن المعقود عليه في شركة العنان المال ؛ وهو لو كان مجهولاً فيها . لم تصح ، فكذلك إذا كان العمل مجهولاً في هذه ، ولأنها عقد خالف بوجبه موجب سائر العقود في الأصول ؛ فوجب ألا يصح .

قوله : (بخلاف الأولى) أي : شركة العنان فإنها صحيحة إجماعاً ، ولسلامتها من سائر أنواع

الغرر .



(١) الشرح الكبير (١٩٢/٥) ، روضة الطالبين (٢٨٠/٤) .

(٢) بهجة الحاوي (ص ١٠٤) .

(٣) الأم (٤٨٧/٤) .

(٤) أخرجه أحمد (٢١٣/٦) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٥) أخرجه مسلم (١٥١٣) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

لكن إنما تصح (بشروط : الأول : كَوْنُ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ أَهْلِ التَّوَكُّلِ وَالتَّوَكُّلِ) لَأَنَّ كَلًّا مَوْكَلٌ بِالنَّسْبَةِ لِمَالِهِ ، وَوَكِيلٌ بِالنَّسْبَةِ لِمَالٍ غَيْرِهِ ، هَذَا إِنْ أُذِنَ كُلٌّ لِلْآخَرِ فِي التَّصَرُّفِ ، وَإِلَّا.....

قوله : (لكن إنما تصح بشروط) أي : خمسة على ما ذكره المصنف ، وأركان ؛ وهي ثلاثة : عاقدان ، ومعقود عليه ، وصيغة ، وكلها معلوم من كلامه ، على أنه أراد بالشرط : ما لا بد منه فيها ؛ بدليل تصريحه بشرطية الصيغة ، وهي ركن ، وزاد بعضهم ركناً رابعاً ، وهو : العمل^(١) ، وسيأتي في المتن ما يدل له ، قال (ع ش) : (استشكل عد العمل من الأركان مع أنه خارج عن العقد ، وإن وجد . . فيكون بعده ، ويمكن الجواب بأن العمل الذي يقع بعد العقد هو مباشرة الفعل ؛ كالبيع والشراء ، والذي اعتبر ركناً هو تصور العمل ، وذكره في العقد على وجه يعلم منه ما يتعلق به العقد^(٢)) ، قال الجمل : (وعلى هذا الجواب يتكرر هذا الركن مع قوله : وهو لفظ يدل على الإذن في التجارة) فليتأمل^(٣) .

قوله : (الأول) أي : من الشروط الخمسة .

قوله : (كون الشريكين) أي : إن كانا يتصرفان ؛ لما سيأتي من قوله : (هذا . . .) إلخ .

قوله : (من أهل التوكيل والتوكل) أي : في المال ؛ فإن للسفيه أهلية التوكل والتوكيل في استيفاء القصاص والطلاق ونحوهما ، ولا يستقل بالشركة جزماً . « حاشية الروض »^(٤) .

قوله : (لأن كلاً) أي : من الشريكين .

قوله : (موكل بالنسبة لماله ووكيل بالنسبة لمال غيره) أي : فإن كلاً منهما يتصرف في ماله بالملك وفي مال الآخر بالإذن ، فكل منهم موكل ووكيل ، وبه يعلم : أنها ليست عقداً مستقلاً ، بل هي وكالة بلا عوض .

قوله : (هذا) أي : اشتراط كونهما من أهلية التوكيل والتوكل معاً .

قوله : (إن أذن كلٌّ للآخر في التصرف) أي : بالبيع والشراء ؛ ليحصل له التسلط على التصرف .

قوله : (وإلا) أي : بأن أذن أحدهما دون الآخر ؛ بحيث لم يتصرف الآخر إلا في حصته .

(١) انظر « فتح الوهاب » (٢١٧/١) .

(٢) حاشية الشيرازي (٥/٥) .

(٣) فتوحات الوهاب (٣٩٥/٣) .

(٤) حواشي الرملي على شرح الروض (٢٥٣/٢) .

أَشْرَطَ فِي الْآذِنِ أَهْلِيَّةُ توكيلٍ فَقَطْ ، فيصَحُّ كونهُ أَعْمَى ، وَالْأَوْجَهُ : صَحَّتْهَا مِنْ الْوَلِيِّ فِي مَالِ مَوْلِيهِ . نَعَمْ ؛ لَا يَشَارِكُ إِلَّا عَدَلًا ، يَجُوزُ إِيدَاعُ مَالِ الْمَوْلِيِّ عِنْدَهُ إِنْ كَانَ الشَّرِيكَ يَتَصَرَّفُ .
(الثَّانِي :

قوله : (اشترط في الآذن أهلية توكيل فقط) أي : ولا يشترط فيه أهلية توكيل ، وأما المأذون له . . فيشترط أهلية التوكيل .

قوله : (فيصح كونه أعمى) أي : دون المأذون له ، ولا يقال : كيف يصح عقد الأعمى على العين التي هي المال المخلوط ؛ لأننا نقول : إنه توكيل ، وتوكيله جائز كما سيأتي ، وأما خلط المال وتسليمه للشريك . . فيوكل فيه ، ومقتضى ذلك : صحة قراضه .
قوله : (والأوجه : صحتها) أي : الشركة .

قوله : (من الولي في مال مولى) أي : كالقراض فيه ، بل أولى ؛ لأن فيه إخراج جزء من مال محجوره وهو الربح ، بخلاف الشركة ، وتوقف بعضهم فيه بأن فيه خلطاً قبل العقد من غير مصلحة ناجزة ، بل قد يورث نقصاً . . مردود بأن الفرض وجود مصلحة فيه ؛ لتوقف تصرف الولي عليها ، وأما اشتراط نجاز المصلحة . . فممنوع .

قوله : (نعم ؛ لا يشارك إلا عدلاً) أي : فلا يجوز للولي أن يشارك في مال مولى فاسقاً كما قاله الأذرعى .

قوله : (يجوز إيداع مال المولى عنده) أي : العدل ، فلو ظنه أميناً أو عدلاً فبان خلافه . . تبين بطلان الشركة ، وهل يضمن الولي بتسليم المال له ، أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب : الأول ؛ لتقصيره بعدم البحث عن حاله قبل تسليم المال له . (ع ش)^(١) .

قوله : (إن كان الشريك يتصرف) أي : دون ما إذا تصرف الولي وحده ، قال في « الفتح » : (وتكره مشاركة كافر ومن بماله شبهة ، أو لا يحترز من الحرام وإن قلَّ فيما يظهر ؛ لأنه هنا يسري إلى جميع ماله ، بخلاف معاملته بغير شركة فاختصت كراهتها بمن أكثر ماله حرام)^(٢) ، ويبحث (ع ش) : أن محل الكراهة في مشاركة من بماله شبهة ؛ حيث سلم مال المشارك من الشبهة أو كانت فيه أقل ، وإلا . . فلا كراهة^(٣) .

قوله : (الثاني) أي : من الشروط الخمسة .

(١) حاشية الشبرايملي (٦/٥) .

(٢) فتح الجواد (٥٠٤/١) .

(٣) حاشية الشبرايملي (٦/٥) .

الصَّيْغَةُ ؛ وَهُوَ) - ذُكِّرَ بِاعْتِبَارِ خَبَرِهِ - (لَفْظٌ) مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا (يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ)
أَوْ التَّصَرُّفِ لِلْآخِرِ كَأَشْرَكْنَا عَلَى أَنْ يَتَصَرَّفَ كُلُّ مَنَا فِي مَالِ صَاحِبِهِ ، فَلَا يَكْفِي : (أَشْرَكْنَا) فَقَطْ ؛
لِاحْتِمَالِهِ الْإِخْبَارَ

قوله : (الصيغة) هي الركن الثالث كما مر .

قوله : (وهو لفظ) أي : صريح أو كناية ، وكاللفظ إشارة الأخرس والكتابة ، نظير ما مر في
(الضمان) .

قوله : (منهما أو من أحدهما) أي : من كل منهما أو من أحدهما .

قوله : (يدل على الإذن في التجارة) أي : لأن المال المشترك لا يجوز لأحد الشريكين التصرف
فيه إلا بإذن صاحبه ، ولا يعرف الإذن إلا بصيغة تدل عليه . « مغني »^(١) .

قوله : (أو التصرف) أي : بالبيع والشراء الذي هو التجارة ، فعليه : لو عبأ بالإذن
بالتصرف . . اشترط اقتران لفظ به يدل على التجارة ؛ كتصرف في هذا وعوضه ، وتكفي القرينة
المعينة للمراد من ذلك كما هو ظاهر . انتهى من « التحفة »^(٢) .

قوله : (للآخر) متعلق بـ (الإذن) .

قوله : (كاشتركتنا على أن يتصرف كل منا في مال صاحبه) تمثيل للفظ الذي يدل على الإذن من
كل منهما ، وظاهر سياقه : أنه إذا كان المتصرف أحدهما فقط . . كانت هذه الصورة شركة ،
ويوافقه قول (سم) : (الوجه : أنه حيث وجد خلط مالين بشرطه ووجد إذن في التصرف ولو
لأحدهما فقط . . كان شركة ، وإن لم يوجد مال من الجانبين ، بل من أحدهما مع إذن صاحب
المال للآخر . . كان قراضاً بشرطه) تأمل^(٣) .

قوله : (فلا يكفي) أي : عن الإذن في التصرف .

قوله : (اشتركتنا فقط) أي : مقتصرأ على قولهما ذلك ، فلا يتصرف كل منهما إلا في نصيبه .

قوله : (لاحتتماله الإخبار) أي : عن حصول الشركة في المال ، ولا يلزم من حصولها جواز
التصرف ؛ بدليل : المال الموروث شركة ، وإنما لم نقل ذلك في (بعثك ذا بكذا) لأنه يشترط فيه
للاعتداد بالبيع ذكر العوض من المبتدئ ، فكان ذلك قرينة ظاهرة في إرادة الإنشاء فحمل عليه ،
ولا كذلك الشركة ، تأمل .

(١) مغني المحتاج (٢٧٦/٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٨٤/٥) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٨٥/٥) .

وَمِنْ ثَمَّ : لو نَوِيَا بِهِ الْإِذْنَ فِي التَّصَرُّفِ .. كَفَى . وَإِذَا قَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ : أَتَجَرُّ ، أَوْ تَصَرِّفُ .. أَتَجَرُّ فِي الْجَمِيعِ فِيمَا شَاءَ ، دُونَ الْقَائِلِ : لَا يَتَصَرَّفُ إِلَّا فِي نَصِيهِ مَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ الْآخَرُ ، وَلَا يَتَعَدَّى مَا عُيِّنَ لَهُ مِنْ نَوْعٍ أَوْ جَنْسٍ وَإِنْ نَدَرَ وَجُودُهُ ؛

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل هذا التعليل .

قوله : (لو نويَا به) أي : بقولهما : (اشتركنا) .

قوله : (الإذن في التصرف) أي : في التجارة .

قوله : (كفى) أي : في حصول الشركة المرادة هنا كما جزم به السبكي وغيره ، فعلم : توقف انعقاد الشركة التي الكلام فيها على الإذن في التصرف أو نية ذلك ، فإذا اقتصرنا على (اشتركنا) من غير نية الإذن في التصرف .. لم تثبت أحكام الشركة ، لكن إذا وجد بعد ذلك إذن في التصرف .. ثبت حينئذ ، فالمدار على الإذن في التصرف وإن لم يوجد لفظ (اشتركنا) .

وفي « الفتح » : (لو دام الاختلاط ثم وجد الصيغة ؛ نحو : أذنت في التصرف ولو بعد مدة طويلة .. صح ، ولا يقال : يلزم عليه وقف الصحة ؛ لأنه قبلها لم يوجد عقد بالكلية ، حتى يقال : وقفت صحة العقد ، فتأمل)^(١) .

قوله : (وإذا قال أحدهما) أي : الشريكين (للآخر) .

قوله : (اتجر أو تصرف) بصيغة الأمر ؛ وهو مقول القول .

قوله : (اتجر) أي : المأذون له .

قوله : (في الجميع فيما شاء) أي : وإن لم يقل له : فيما شئت ؛ كالقراض .

قوله : (دون القائل لا يتصرف إلا في نصيبه) أي : لعدم الإذن من الآخر له .

قوله : (ما لم يأذن له الآخر) أي : فإن أذن له الآخر .. تصرف في الجميع ؛ لوجود الإذن فيه ، فإن شرطاً ألا يتصرف أحدهما في نصيب نفسه .. لم يصح العقد ؛ لما فيه من الحجر على المالك في ملكه ، قال (ع ش) : (ومع ذلك : فتصرف الآذن [في نصيبه] صحيح ، وتصرف المأذون له في الكل صحيح أيضاً بعموم الإذن وإن بطل خصوص الشركة)^(٢) .

قوله : (ولا يتعدى) أي : الشريك المأذون في التصرف .

قوله : (ما عين له من نوع أو جنس) أي : فلا يتصرف في غيره .

قوله : (وإن ندر وجوده) أي : فلا يعتبر فيما عينه أن يعم وجوده .

(١) فتح الجواد (١ / ٥٠٤ - ٥٠٥) .

(٢) حاشية الشيرازي (٥ / ٥) .

لأنَّه توكيلٌ ، بخلافِ القراضِ . (الثَّالِثُ : كَوْنُ الْمَالَيْنِ مِثْلَيْنِ وَلَوْ دَرَاهِمَ مَغْشُوشَةً) إِذَا أَسْتَمَرَ فِي الْبَلَدِ رَوَاجُهَا ، فَلَا يَصِحُّ فِي مَتَقَوِّمٍ ؛ إِذْ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ عَدَمُ التَّمْيِيزِ

قوله : (لأنه توكيل) أي : كما ذكره المحاملي وغيره .

قوله : (بخلاف القراض) أي : فإنه يعتبر فيه عموم وجود ما عيه ، قال في « المغني » : والفرق : أن المقصود من القراض حصول الربح ؛ حتى لا يضيع عمل لعامل ، والربح لا يحصل فيما لا يعم ، والمقصود من الشركة الإذن في التصرف فأشبهت الوكالة (١) .

قوله : (الثالث) أي : من الشروط الخمسة .

قوله : (كون المالين مثليين) أي : نقداً أو غيره ؛ أما النقد . . فبالإجماع ، وأما غيره من المثليات ؛ كالبر والشعير والحديد . . فعلى الأظهر ؛ لأنه إذا اختلط بجنسه . . ارتفع التمييز فأشبه النقد .
قوله : (ولو دراهم مغشوشة) أي : أو دنانير مغشوشة ، فلو قال : ولو نقداً مغشوشاً . . لكان أولى .

قوله : (إذا استمر في البلد) أي : في بلد التصرف فيما يظهر حيث كانت بلد التصرف غير بلد العقد ؛ بأن نص عليها ، ولو أطلق الإذن . . احتمل أن العبرة ببلد العقد ؛ لأنها الأصل . (ع ش) (٢) ، ولأن المدار على انعقاد العقد ، وبعد انعقاده من شأن التصرف ألا يتقيد بموضع معين ، بل بالمحل المربح قصد أولاً ، فكان قصده غير مجزوم به فالغني النظر إليه ونظر لمحل العقد .

قوله : (رواجها) أي : نفاقها ؛ بأن يتعامل الناس بها في البلد ، قال في « المغني » : (ومن المثلي : تبر الدراهم والدنانير فتصح الشركة فيه ، فما أطلقه الأكثرون هنا [من منع الشركة فيه] مبني على أنه متقوم كما نبه عليه في « أصل الروضة » وسوى بينه وبين الحلبي والسبائك في ذلك) (٣) .

قوله : (فلا يصح في متقوم) أي : غير مشاع - بكسر الواو - قال الشيخ عميرة : (لأنه ليس متعدياً ، بل مطاوعاً لفعل يتعدى إلى واحد فيكون لازماً ؛ فلا يبنى منه اسم المفعول) (٤) .

قوله : (إذ لا يتحقق فيه) أي : المتقوم .

قوله : (عدم التمييز) أي : لتمايز أعيانه وإن اتفقت قيمها ، وحيثئذ : قد يتلف مال أحدهما ، فلا يمكن قسمة الآخر بينهما .

(١) مغني المحتاج (٢ / ٢٧٦) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٥ / ٧) .

(٣) مغني المحتاج (٢ / ٢٧٧) .

(٤) حاشية عميرة (٢ / ٣٣٤) .

(الرَّابِعُ : أَنْ يَكُونَا) أَي : الْمَالَانِ (مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ بِصِفَةٍ وَاحِدَةٍ) لثَلَا يَتَمَيَّزَا ، فَلَا تَصِحُّ فِي بُرٍّ أَحْمَرَ بِأَبْيَضٍ ؛ لِإِمْكَانِ التَّمْيِيزِ وَإِنْ عُسِّرَ . (الْخَامِسُ : خَلَطُ الْمَالَيْنِ قَبْلَ الْعَقْدِ) فَلَا يَكْفِي بَعْدَهُ وَلَوْ فِي مَجْلِسِهِ ،

قوله : (الرابع) أي : من الشروط الخمسة .

قوله : (أن يكونا ؛ أي : المالان من جنس واحد) أي : كدينار بدينار .

قوله : (بصفة واحدة) أي : بأن يكون كل منهما صحيحاً أو مكسراً .

قوله : (لثلا يتميزا) أي : المالان ، ولو كان [لكل] علامة مميزة عند مالكة دون بقية الناس . .

لم تصح الشركة ؛ نظراً إلى حالهما ، ولأنه إذا تلف بعض المال . . تلف على ملك مالكة وتعذرت الشركة ، ومثله بالأولى عكسه ؛ بأن يتميزا عند الناس دون العاقلين .

قوله : (فلا تصح) أي : الشركة .

قوله : (في بُرٍّ أَحْمَرَ بِأَبْيَضٍ) أي : ولا في دينار بدرهم ، ولا في صحيح بمكسر .

قوله : (لإمكان التمييز وإن عسر) أي : فإن خلطاً حينئذ ، وتلف نصيب أحدهما . . تلف عليه

فقط ، وتعذرت الشركة في الباقي ، قال السيد عمر : (يؤخذ من العلة : [أنه] حيث تعذر التمييز . .

لا يضر اختلاف الجنس ؛ كجنسين من سمن أو نحوه) انتهى^(١) ، وقد يفيد قول « المغني » :

(ولا يكفي الخلط مع مكان التمييز لنحو اختلاف الجنس ؛ كدراهم ودنانير . . .) إلخ ،

فليتأمل^(٢) .

قوله : (الخامس) أي : وهو آخر الشروط .

قوله : (خلط المالين قبل العقد) أي : بحيث لا يتميزان ؛ ليتحقق معنى الشركة ؛ أي : معناها

الشرعي ؛ وهو ثبوت الحز في شيء على جهة الشروع ، أو العقد الذي يقتضي الثبوت المذكور ،

وهو لا يتحقق إلا إن وجدت الحيثية . جمل^(٣) .

قوله : (فلا يكفي) أي : خلط المالين .

قوله : (بعده ولو في مجلسه) أي : لعدم الاشتراك حال العقد ؛ لأن أسماء العقود المشتقة من

المعاني يجب تحقق تلك المعاني فيها ، ومعنى الشركة : الاختلاط والامتزاج ، وهو لا يحصل في

ذلك ؛ لأن مال كل منهما متميز عن الآخر ، ولو كان متميزاً عند العقد وغير متميز بعده . . لم يصح

(١) انظر « حاشية الشرواني » (٢٨٧/٥) .

(٢) مغني المحتاج (٢٧٧/٢) .

(٣) فتوحات الوهاب (٩٦/٣) .

ويُغني عنه كونه مشاعاً ولو متقوماً ؛ لَأَنَّهُ أَبْلَغُ مِنَ الْخَلْطِ ؛ إِذَا مَا مِنْ جُزْءٍ إِلَّا وَهُوَ مُشْتَرِكٌ ، وَذَلِكَ : كَأَنَّ وَرثَاهُ ، أَوْ اشْتَرِيَاهُ ، أَوْ بَاعَ أَحَدُهُمَا بَعْضَ عَرْضِهِ بَبَعْضِ عَرْضِ الْآخَرِ ، أَوْ كُلُّ بَعْضِ عَرْضِهِ لَصَاحِبِهِ ،

كما استقر به (ع ش) لجواز أن يتصرف فيه قبل وصوله إلى الحالة التي لا يتميز فيها ، تأمل^(١) .

قوله : (ويغني عنه) أي : عن الخلط .

قوله : (كونه مشاعاً) أفاد صنيعة : أن المشاع لا بد فيه من عقد الشركة ، لكن لأجل صحة التصرف ، لا لثبوت الشركة ؛ لثبوتها قبل العقد ، والمراد بالعقد فيه : الإذن في التصرف . جمل^(٢) .

قوله : (ولو متقوماً) أي : ولو كان المشاع متقوماً كالعروض .

قوله : (لأنه) أي : المشاع ؛ لتعليل لإغنائه عن الخلط .

قوله : (أبلغ من الخلط) أي : من خلط المالكين في الاشتراك .

قوله : (إذا ما من جزء إلا وهو مشترك) أي : بينهما وهناك وإن وجد الخلط . . فمال كل واحد منهما ممتاز عن الآخر ، كذا نقل عن الإمام وغيره ، واعترض بأنه إن أريد الخلط مع التميز . . فهذا لا شركة فيه أصلاً ، أو مع عدم التميز . . فالمصرح به فيه أنهما ملكا كلاً بالسوية ، حتى لو تلف بعضه . . تلف عليهما ، وأجيب بأن الفرق بين مطلق الخلط ونحو الإرث ؛ بأن هذا يملكان به الكل مشاعاً ابتداءً ، ولا كذلك الخلط ؛ لتوقف الملك به على عدم التميز . على أن الظاهر : أن مرادهم : أن الأول لا يتميز فيه في نفس الأمر ، بخلاف الثاني وإن كان كل جزء حكم عليه شرعاً بأنه مشترك فلا يرد الاعتراض ، فليتأمل .

قوله : (وذلك) أي : كون المتقوم مشتركاً على سبيل الشيوع .

قوله : (كأن ورثاه) أي : المتقوم فإنهما يملكانه شيوخاً .

قوله : (أو اشترياه) أي : العرض بثمن واحد ، ثم يدفع كل منهما عرضه بدلاً عن حصته من الثمن .

قوله : (أو باع أحدهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر) أي : سواء تجانس العرضان أم اختلفا ، علما بقيمتها أم لا .

قوله : (أو كل بعض عرضه لصاحبه) أي : بثمن في الذمة ثم تقاصاً .

(١) حاشية الشيرازي (٧/٥) .

(٢) فتوحات الوهاب (٣/٣٩٦) .

ثُمَّ يَتَقَابِضَانِ فِي الصُّورَتَيْنِ ؛ لَيْسَتْ قَرَأَةُ الْمَلِكِ . وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي الْمَالَيْنِ ، وَلَا أَلْعَلُّ بِقَدْرِهِمَا عِنْدَ الْعَقْدِ . نَعَمْ ؛ لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ بَحِيْثٌ يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ قَدْرِ نَصِيبِ كُلِّ حَالِ الْقِسْمَةِ

قوله : (ثم يتقاضان في الصورتين) أي : ثم يأذن بعد التقابض كل منهما للآخر في التصرف ، قال في « حاشية الروض » : (هذا إذا لم يشترطاً في التبايع الشركة - أي : المفيدة لصحة التصرف - فإن شرطها . . فسد البيع كما نقله في « الكفاية » عن جماعة وأقره)^(١) .

قوله : (ليستقر الملك) تعليل لاعتبار التقابض ؛ فإن تصرفه قبله لا يصح ، فوكيله أولى ، ولو ملك كل منهم عرضاً وهذا متفقان في الوصف والقيمة كثويين ، والتبس أحدهما بالآخر التباساً مأيوس الزوال . . لم يكف عن الاختلاط ؛ لأن ثوب كل منهما مميز عن الآخر ، فإن أراد صحة الشركة . . فليع أحدهما بعض ثوبه للآخر ببعض ثوبه ، ويغترف ذلك مع الجهل ؛ للضرورة كما في اختلاط حمام البرجين .

قوله : (ولا يشترط) أي : في صحة الشركة .

قوله : (تساوي المالين) أي : في القدر ، بل تثبت الشركة مع تفاوتها على نسبتها ؛ إذ لا محذور حينئذ ؛ لما سيأتي أن الربح والخسران على قدر المالين .

قوله : (ولا العلم بقدرهما) أي : ولا يشترط العلم بقدر كل من المالين أهو النصف أم غيره ؟ قوله : (عند العقد) أي : في الأصح كما في « المنهاج »^(٢) ، ولو جهلا القدر ولكن علما النسبة ؛ بأن وضع أحدهم الدراهم في كفة الميزان ، ووضع الآخر بإزائها مثلها . . صح جزماً كما قاله الماوردي وغيره .

قوله : (نعم ؛ لا بد من أن يكونا) أي : المالان .

قوله : (بحيث يمكن معرفة قدر نصيب كل حال القسمة) أي : فلو خلطاً مجهولاً ، لكن معرفته ممكنة بمراجعة حساب أو وكيل أو غيرهما ، وأذن كل منهما للآخر . . صح العقد ، ويصح تصرفهما قبل المعرفة ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما مع إمكان معرفته بعد ، أما إذا جهل وقت القسمة ؛ بأن تعذرت معرفته من سائر الوجوه . . فلا تصح الشركة فيه ، فالشرط المعرفة بالنسبة ولو بعد العقد ، والمراد بالمعرفة هنا : ما يشمل الظن القوي ؛ فإن مراجعة الحساب أو نحو الوكيل الواحد إنما تفيد الظن فقط .

(١) حواشي الرملي على شرح اروض (٢٥٤/٢) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٢٧١) .

(وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) حَيْثُ جَازَ لَهُ ذَلِكَ (بِلاَ ضَرَرٍ) كَالْوَكِيلِ ؛ لَمَّا مَرَّ أَنَّ كِلَا وَكَيْلٍ وَمَوْكَّلٍ
(فَلَا يَبِيعُ) بِلاَ إِذْنٍ

قوله : (ويتصرف كل واحد منهما) أي : من الشريكين .

قوله : (حيث جاز له ذلك) أي : التصرف ؛ بأن أذن كل للآخر فيه .

قوله : (بلا ضرر) عبر في « المنهج » بـ (المصلحة) ، وقال في « شرحه » : (إنه أولى من قول « المنهاج » - أي : التابع له المصنف - : بلا ضرر ؛ لاقتضائه جواز البيع بضمن المثل من راغب بزيادة ، ومن قول « المحرر » : بغبطة ؛ لاقتضائه المنع من شراء ما يتوقع ربحه ؛ إذ الغبطة إنما هي تصرف فيما فيه ربح عاجل له [بال] ^(١) أي : والمصلحة لا تستلزم ذلك ؛ لصدقها بنحو شراء ما يتوقع فيه الربح ، وبيع ما يتوقع فيه الخسران ، فهي أعم من الغبطة كم مر ، لكن قال (ع ش) : (قد تطلق الغبطة على ما فيه مصلحة ، ويمكن حمل عبارة « الدحر » عليه ، وأن يراد بـ « الضرر » : ما يشمل تفويت النفع ، فلا تفاوت بين العبارات الثلاث) تأمل .

قوله : (كالوكيل) أي : كتصرف الوكيل في جميع ما يأتي فيه . « تحفة » ^(٢) .

قوله : (لما مر) أي : في شرح الشرط الأول .

قوله : (أن كلاً وكيل وموكل) أي : وكيل بالنسبة لمال غيره موكل بالنسبة لمال نفسه ، ثم الربح والخسران على قدر المالين باعتبار القيمة شرطاً ذلك أو لا ، تساوي في العمل أو تفاوتاً فيه ؛ لأن ذلك ثمرتهما فكان على قدرهما ، فإن شرطاً خلافه . . فسد العقد ؛ لأنه مخالف لموضوع الشركة ، فيرجع كل منهما [على الآخر] بأجرة عمله في ماله ، قال في « انبهجة » : [من الرجز]

والربح والخسر اعتبر تقسيمه بقدر مال ذا وذا بالقيمة

ومفسد شرط تفاوت وكل له على الآخر أجر ما عمل ^(٣)

لبقاء الإذن في التصرف ، فإذا كان لأحدهما ألفان ، وللآخر ألف وأجرة عمل كل مئة . . فثلثا عمل الأول في ماله ، وثلثه على الثاني ، وعمل الثاني بالعكس ؛ فللأول عليه ثلث المئة ، وله على الأول ثلثاها ، فيقع التقاص بثلثها ، ويرجع على الأول بثلثها .

قوله : (فلا يبيع) أي : كل من الشريكين .

قوله : (بلا إذن) قيد لجميع الصور الممنوعة الآتية .

(١) فتح الوهاب (١/٢١٨) .

(٢) تحفة المحتاج (٥/٢٨٩) .

(٣) بهجة الحاوي (ص ١٠٣) .

وإلا.. أختصَّ الشَّراءُ بِهِ (وَلَا يُسَافِرُ بِهِ) بلا إذن ، فإنَّ فعل.. ضَمِنَ ، كَمَا لو سَلَّمَهُ للمشتري في البيع مؤجَّلاً وفيما بعده ، فإنَّ لم يسَلِّمهُ لَهُ.. لم يضمنَ

لا يتصرف أحدهما إلا بإذن الآخر (١) .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يتصرف في عين المال ؛ كأن اشترى بالغبن في الذمة .

قوله : (اختصَّ الشراء به) أي : فيزن الثمن من ماله ، ولا يضمن نصيب شريكه بتصرفه فيه بالغبن ما لم يسلمه ؛ كنظيره في (الوكالة) ، ومثله التصرف فيه نسيئة وبغير نقد البلد بلا إذن ، بخلاف ما إذا سافر به أو أبضعه بلا إذن .. فإنه يضمن كما سيأتي .

قوله : (ولا يسافر به) أي : بالمال المشترك ؛ لما في السفر من الخطر ، ومحل ذلك حيث لم يعطه له في السفر ، ولا اضطر إليه لنحو قحط وخوف ، ولا كانا من أهل النجعة وإن أعطاه له حضراً .

قوله : (بلا إذن) أي : من شريكه ، وإلا.. جاز .

نعم ؛ مجرد الإذن في السفر لا يتناول ركوب البحر ، وكذا الأنهار العظيمة ؛ فلا بد من النص عليه ، ومحله حيث لم يتعين البحر طريقاً ؛ بأن لم يكن للبلد المأذون فيه طريق غير البحر ، وكذا ما لو كان للبلد طريق أخرى ، لكن كثر فيها الخوف ، أو لم يكثر ولكن غلب سفرهم في البحر كما بحثه (ع ش) (٢) .

قوله : (فإن فعل.. ضمن) أي : حصة شريكه ؛ لتعديده به ، قال (ع ش) : (ظاهره : صحة التصرف ، وهو ظاهر إن قلنا بصحة توكيل أحد الشريكين ، وهو المعتمد ، وإلا.. فلا) (٣) .

قوله : (كما لو سلمه) أي : المال المشترك .

قوله : (للمشتري في البيع مؤجَّلاً) أي : فإنه يضمن حصة شريكه .

قوله : (وفيما بعده) أي : في البيع بغير نقد البلد ، والبيع أو الشراء بالغبن الفاحش .

قوله : (فإن لم يسلمه له.. لم يضمن) أي : كنظيره في (الوكالة) ، وسيأتي ثم أنه لو قال : بع بكم شئت.. جاز له البيع بالغبن لا بالنسيئة ولا بغير نقد البلد ، أو قال : بما شئت.. جاز بغير نقد البلد لا بالغبن ولا بالنسيئة ، أو : كيف شئت.. جاز بالنسيئة لا بالغبن ولا بغير نقد البلد ، فيأتي مثل ذلك هنا .

(١) حاشية الشيراملسي (١٠/٥) .

(٢) حاشية الشيراملسي (١٠/٥) .

(٣) حاشية الشيراملسي (١٠/٥) .

(وَلِكُلِّ) مِنْ الشَّرِيكَيْنِ (فَسْخُهُ) أَي : عقد الشَّرْكَةِ (مَتَى شَاءَ) لِأَنَّهَا جَائِزَةٌ مِنْ الْجَانِبَيْنِ .
(وَيَنْفَسَخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا : وَجُنُونِهِ ، وَإِغْمَائِهِ) إِلَّا إِنْ قَلَّ الْإِغْمَاءُ ؛ كَمَا بَيَّنَّ الصَّلَاتَيْنِ ،

قوله : (ولكل من الشريكين) أي : يجوز لكل منهما .

قوله : (فسخه ؛ أي عقد الشركة متى شاء) أي : كالوكالة .

قوله : (لأنها) أي : لشركة .

قوله : (جائزة من الحائنين) أي : وينعزلان جميعاً عن التصرف بفسخ كل منهما ، فإن لم يفسخا ولا أحدهما ولكن قال أحدهما للآخر : عزلتك ، أو لا تتصرف في نصيبي . . انعزل المخاطب ولم ينعزل العاز ، فيتصرف في نصيب المعزول ؛ لأن العازل لم يمنعه أحد ، فلم يوجد ما يقتضي عزله ، بخلاف مخاطب ؛ فإن أراد المخاطب عزله . . فليعزله .

قوله : (وينفسخ) أي : عقد الشركة .

قوله : (بموت أحدهما وجنونه وإغمائه) أي : كالوكالة ، ولا ينتقل الحكم في الثالثة عن المغمى عليه ؛ لأنه لا يولى عليه ، فإذا أفاق . . تخير بين القسمة واستئناف الشركة ولو بلفظ التقرير أو كان المال عرضاً ؛ لأز الشركة إنما لا تجوز على العروض ابتداءً ، وهذا استدانة شركة وليس بابتداء عقد ، ويغتفر في ادوام ما لا يغتفر في الابتداء ، وعلى ولي الوارث غير الرشيد في الأولى والمجنون في الثانية استدانة لها ولو بلفظ التقرير أيضاً عند الغبطة فيها ، بخلاف ما إذا انتفت الغبطة . . فعليه القسمة .

قوله : (إلا إن قل الإغماء) أي : فإنه لا يضر كما نقلوه عن الروياني والماوردي ، واعتمده الشارح كشيخه^(١) ، واعتد الرملي والخطيب الضرر مطلقاً^(٢) ، واختار جمع - منهم : السبكي - عدم الضرر مطلقاً ؛ لأنه مرض والغالب أنه لا يطول ، وإنما فصلوا فيه في النكاح بين القصير والطويل ؛ لأن الضرر هناك أقوى ؛ ويؤيده هنا تعليلهم بأنه لا يؤلَّى عليه كالنوم .

قوله : (كما بين الصلاتين) أي : باعتبار أقل أوقات الفروض وإن كان غير ما وقع فيه الإغماء كما استقره (ع ش) لأن المقصود مقدار يحصل به العزل من غير تفرقة بين شخص وشخص^(٣) ، فنعتبر أقصر أوقات فرض وهو المغرب ؛ إذ أقل حصصه سبع عشرة درجة ؛ فمتى مضت عليه وهو في الإغماء . . انعزل ، ومتى أفاق قبل مضيتها . . لم ينعزل ، تأمل .

(١) تحفة المحتاج (٥/٢٩١) .

(٢) نهاية المحتاج (٥/١١) ، مغني المحتاج (٢/٢٧٩) .

(٣) حاشية الشيرازي (٥/١١) .

وَيُطْرَوُ حَجَرِ سَفَهٍ ، أَوْ فَلَسٍ . (وَالشَّرِيكَ أَمِينٌ) كَالْوَدِيعِ (فَيُتَقَبَّلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ) لِنَصِيبِ شَرِيكِهِ عَلَيْهِ (وَالْخُسْرَانِ فِي مَالِ الشَّرَكَةِ ، وَالتَّلَفِ) إِلَّا إِنْ ذَكَرَ سَبِيحاً ظَاهِراً . . ففیه تفصیل الودیعة ، ولا یصدق فی دعواه القسمة وأن ما بیده ملکہ بہا ، بل یصدق الآخر فی دعواه الشَّرَكَةَ وعدم القسمة ؛

قوله : (وبطرو حجر سفه أو فلس) أي : أو استرقاق أو رهن ، ومحله في المفلس بالنسبة لما [لا] ينفذ تصرفه فيه ، بخلاف شرائه للشركة بضمن في الذمة فإنه يصير مشتركاً بشرطه ، قال الرشيدى : (وظاهر أن شريك المفلس لا يصح تصرفه في نصيب المفلس من الأعيان المشتركة ، فليراجع)^(١) .

قوله : (والشريك أمين كالوديعة) يعني : أن يد كل من الشريكين في المشترك يد أمانة ؛ كالوديعة في الوديعة ، والوكيل في الموكل فيه .
قوله : (فيقبل قوله) أي : الشريك بيمينه ، سواء كانت الشركة صحيحة أو فاسدة ؛ تفرع على كونه أميناً .

قوله : (في الرد لنصيب شريكه عليه) أي : فالمراد : قبول قوله في رد نصيب الشريك بعد تمييزه بالقسمة ، أما لو ادعى رد الكل ، وأراد طلب نصيبه . . فلا يقبل قوله في طلبه ، وسواء في ذلك رأس المال والربح ، قال الحلبي : (فيبرأ من جهته ولم يكن له رجوع عليه بحصته ؛ لأن اليمين دافعة فلا يصح أن تكون مثبتة) .

قوله : (والخسران في مال الشركة) أي : ويقبل قوله في الخسران في مال الشركة ؛ لأنه أمين .

قوله : (والتلف) أي : تلف مال الشركة إن ادعاه بلا سبب ، أو بسبب خفي ؛ كالسرقة .
قوله : (إلا إن ذكر سبباً ظاهراً) أي : كحريق وغرق .

قوله : (ففیه تفصیل الودیعة) حاصله : أنه [إن] عرف دون عمومه أو ادعاه بلا سبب أو بسبب خفي ؛ كسرقة . . صدق بيمينه ، وإن عرف هو وعمومه . . صدق بلا يمين .

قوله : (ولا يصدق في دعواه) أي : الشريك .
قوله : (القسمة وأن ما بيده ملكه بها) أي : القسمة ؛ بأن قال ذو اليد : اقتسمنا المال المشترك وصار ما بيدي لي ، وقال الآخر : لا ، بل هو مشترك .

قوله : (بل يصدق الآخر في دعواه الشركة وعدم القسمة) أي : بيمينه ، وإن ادعى كل منهما

لأنَّ الأصلَ عدْمُهَا .

ملك العبد مثلاً بالقسمة وهو في يدهما أو يد أحدهما ؛ بأن قال كل منهما : هذا نصيبي من المشترك وأنت أخذت نصيبك . . حلفا ، وإذا حلفا أو نكلا . . جعل العبد مشتركاً بينهما ، وإلا ؛ بأن حلف أحدهما ونكل الآخر . . فللحالف العبد . « أسنى »^(١) .

قوله : (لأن الأصل : عدْمُهَا) أي : القسمة ، وإنما قبل قوله في الرد مع أن الأصل عدمه ؛ لأن من شأن الأمين قبول قوله فيه توسعة عليه ، ولو قال من بيده المال منهما : هو لي ، وقال الآخر : مشترك ، أو قال من بيده المال : هو مشترك ، وقال الآخر : هو لي . . صدق صاحب اليد بيمينه ؛ لأنها تدل على الملك وقد ادعى صاحبها جميع المال في المسألة الأولى ونصفه في الثانية ، ولو اشترى أحدهما شيئاً وقال : اشتريته للشركة ، وكذبه الآخر ؛ بأن عكس ما قاله . . صدق المشتري ؛ لأنه أعرف بقصده ، وسواء ادعى أنه صرح بالشركة أو نواها ، والغالب : أن الأول يقع عند ظهور الخسران ، والثاني عند ظهور الربح .

قال في « التحفة » : (نعم ، لو اشترى شيئاً فظهر عيبه وأراد رد حصته . . لم يقبل قوله على البائع : إنه اشتراه للشركة ؛ لأن الظاهر : أنه اشتراه لنفسه ، فليس له تفريق الصفقة عليه ، وظاهر هذا : تعدد الصفقة لو صدقه ، ويوجه بأنه أصيل في البعض ووكيل في البعض ، فكانا بمنزلة عقدين)^(٢) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) أسنى المطالب (٢٥٨/٢ - ٢٥٩) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٩٣/٥) .

(باب الوكالة)

وهي - بفتح الواو وكسرهما - لغة : التَّفْوِيضُ ، وشرعاً :

[باب الوكالة]

قوله : (باب الوكالة) الأصل فيها من الكتاب : قوله تعالى : ﴿ فَأَمَّا أَهْلُهَا ﴾ أي : بناء على الأصح : أن الحكم وكيل ، وأما قوله تعالى : ﴿ فَأَتَّبَعُوا أَهْلَكُمْ بِوَرَقِكُمْ هَذِهِ ﴾ ، وقوله : ﴿ أَذْهَبُوا بِقَمِيصِي هَذَا ﴾ . . فهو شرع من قبلنا ، والصحيح : أنه ليس بشرع لنا وإن ورد في شرعنا ما يقرره .

ومن السنة أحاديث كثيرة ؛ كبعثه صلى الله عليه وسلم السعاة لأخذ الزكاة ، وتوكيله صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة ، وأبا رافع في قبرل نكاح ميمونة ، وتوكيله عروة البارقي في شراء الشاة .

وقد انعقد الإجماع على جوازها ، والحاجة داعية إليها ؛ فإن الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها .

قال في « التحفة » : (ومن ثم : ندب قبولها ؛ لأنها قيام بمصلحة الغير ، وإيجابها إن لم يرد به حظ نفسه ؛ لتوقف القبول المندوب عليه ، ولقوله : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ، وفي الخبر : « والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه » ^(١) .

قوله : (وهي) أي : الوكالة .

قوله : (بفتح الواو وكسرهما) أي : والفتح أفصح ، كما أفاده في « الصباح » و« القاموس » ^(٢) .
قوله : (لغة : التفويض) يقال : وكل أمره إلى فلان : فوضه إليه واكتفى به ، ومنه : توكلت على الله ، قال السبكي : (معنى الوكيل من قولنا : « حسبنا الله ونعم الوكيل » أي : القائم بأمورنا الكفيل بها الحافظ لها) ، ولذا فسرت الوكالة أيضاً بالحفظ ، لكن بمعنى الاستحفاظ ؛ لأن الحفظ من فعل الوكيل ، والوكالة اسم مصدر من التوكيل ، ففيه نوع من المسامحة .

قوله : (وشرعاً . . .) إلخ ، عبرا في « التحفة » و« النهاية » بـ (اصطلاحاً) ^(٣) ، وقد فرقوا بين الحقيقة الشرعية والاصطلاحية ؛ بأن الأولى ما يتلقى من كلام الشارع . والثانية ما كان باصطلاح

(١) تحفة المحتاج (٢٩٤/٥ - ٢٩٥) ، والحديث أخرجه مسلم (٢٦٩٩) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) المصباح المنير ، مادة : (وكل) ، والقاموس المحيط (٨٨/٤) ، مادة : (وكل) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٩٤/٥) ، نهاية المحتاج (١٥/٥) .

تفويض شخص أمره إلى آخر ، في عمل مخصوص ، على وجه مخصوص . (لَهَا أَزْكَانٌ) أربعة :
(الْأَوَّلُ : الْمُوَكَّلُ ، وَشَرْطُهُ صِحَّةُ مُبَاشَرَةِ مَا وَكَّلَ فِيهِ)

أهل العلم ، وحينئذ : فإن كان هذا المعنى مأخوذاً من استعمال الفقهاء .. أشكل قوله هنا :
(وشرعاً) ، وإن كان متفقاً من كلام الشارع .. أشكل قولهما : (واصطلاحاً) ، وأجيب بأن
الفقهاء قد يطلقون المعنى الشرعي مجازاً على ما وقع في كلامهم وإن لم يرد بخصوصه عن الشارع ،
أفاده (ع ش) ^(١) .

قوله : (تفويض شخص أمره إلى آخر ..) إلخ ، هلا أطلقها على العقد أيضاً ؟ فإن الظاهر :
إطلاقها عليه شرعاً أيضاً ، كذا قيل ، قال شيخنا رحمه الله تعالى : (وقد يقال : المراد : التفويض
بصيغة) فليتأمل ^(٢) .

قوله : (في عمل مخصوص) أي : وهو ما ليس بعبادة ونحوها وما ألحق بها إلا ما استثنى
منها .

قوله : (على وجه مخصوص) أي : بأن يفوض إليه ما ذكر ليفعله في حياته ، فخرج به :
الإيصاء ، وهذا التعريف أحسن من تعريفها بأنها تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة
ليفعله في حياته ؛ لما اعترض عليه بلزوم الدور ؛ لأن النيابة : هي الوكالة ؛ فقد أخذ المعرف في
التعريف ، وإن أجيب عن ذلك بأنه يمكن أن يتصور ما يقبل النيابة شرعاً بوجه : أنه ما ليس بعبادة
ونحوها ، وهذا الوجه لا يتوقف على الوكالة .. فلا دور ، فليتأمل .
قوله : (لها) أي : للوكالة الشرعية .

قوله : (أركان أربعة) هي : موكل ، ووكيل ، وموكل فيه ، وصيغة ، وإنما لم يجعل الأولان
واحداً بأن عبر عنهما بالعاقد ؛ لاختلاف الأحكام المعتبرة في كل منهما كما سيأتي .
قوله : (الأول : الموكل) قدموا في البيع الصيغة ؛ لأنها أهم ؛ لكثرة تفاصيلها واشتراطها من
الجانبيين ، وقدم جمع هنا لموكل فيه ؛ لأنه المقصود والبقية وسيلة إليه ، وجمع - منهم : المصنف
- الموكل ؛ لأنه الأصل في العقد لكونه الفاعل ، وهو مقدم عقلاً ، فلكل وجهة .
قوله : (وشرطه) أي : الموكل .

قوله : (صحة مباشرة ما وكل فيه) أي : الموكل فيه ؛ وهو التصرف المأذون فيه ، وإلا .. فلا

(١) حاشية الشيرازي (٥/٥) .

(٢) إعانة الطالبين (٨٥/٣) .

بِمِلْكٍ ، أَوْ وَلَايَةٍ ، فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ (غَيْرِ مَكْلَفٍ مِنْ (صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ) فِي تَصَرُّفٍ - إِلَّا أَلْسَكَرَانَ
الْمَتَعَدِّيَّ بِسُكْرِهِ - وَمَكَاتِبٍ فِي تَبَرُّعٍ بِلاَ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَسَفِيهِ فِيمَا لَا يَسْتَقِلُّ بِهِ وَلَوْ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، وَفَاسِقٍ
فِي نِكَاحِ ابْنَتِهِ ،

يصح توكيله ؛ لأنه إذا لم يقدر على التصرف بنفسه .. فنائبه أولى .

قوله : (بملك) أي : كتوكيل نافذ التصرف في ماله .

قوله : (أَوْ وَلَايَةٍ) أي : كتوكيل الولي في مال موليه فإنه يصح ، سواء كان عن نفسه أو موليه أو
عنهما أو يطلق ، وفي كل من الصور الأربع إنما هو في حق المولي عليه ، وفائدة صحة التوكيل في
الصورة الثانية : أنه إذا بلغ رشيداً . . لم ينعزل الوكيل ؛ لأنه وكيل عنه لا عن الولي ، بخلاف
الصورة الأولى ؛ لأنه وكيل عن الولي وقد انعزل ، وكذا الصورة الرابعة ؛ لأن التصرف مطلوب
منه ، فيقع التوكيل عن نفسه وإن كانت منفعة عائدة على المولي ، وأما في الصورة الثالثة . . فهو
كالصورة الثانية ؛ تغليباً لجانب المولي ، فلي تأمل .

قوله : (فلا يصح توكيل غير مكلف) من إضافة المصدر إلى فاعله ؛ أي : لا يصح أن يوكل
غيره .

قوله : (من صبي ومجنون) أي : ومغمى عليه ونائم .

قوله : (في تصرف) أي : شيء من التصرفات ولو في تملك المباحات .

قوله : (إلا السكران المتعدي بسكره) أي : فإنه يصح توكيله كسائر تصرفاته .

قوله : (ومكاتب في تبرع) أي : ولا يصح توكيل مكاتب في تبرع ، فهو عطف على (غير
مكلف) ، وخرج به (التبرع) : غيره ؛ كالبيع والشراء ، فيصح من المكاتب ولو بغير إذن سيده .
قوله : (بلا إذن سيده) أي : بخلافه بإذنه فإنه يصح .

قوله : (وسفيه فيما لا يستقل به) عطف أيضاً على (غير مكلف) .

قوله : (ولو بإذن وليه) كذا في « الفتح »^(١) ، وقد ينافيه قول « التحفة » و « النهاية » :
(ويصح توكيل سفيه أو مفلس أو قن في تصرف يستبد به لا غيره إلا بإذن ولي أو غريم أو سيد)
انتهى ، فليحرر^(٢) .

قوله : (وفاسق في نكاح ابنته) أي : لأنه لا تصح مباشرته له ، فإذا لم يقدر الأصل عن تعاطي
الشيء .. فنائبه أولى ألا يقدر .

(١) فتح الجواد (٥٠٩/١) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٩٦/٥) ، نهاية المحتاج (١٧/٥) .

(وَلَا أَمْرًا فِي النِّكَاحِ) إيجاباً وقَبُولاً ، وَيَصَحُّ إِذْنُهَا لَوْلِيَّهَا بِصِيغَةِ التَّوَكُّلِ . (وَيَصَحُّ تَوَكُّلُ الْأَعْمَى) فِي نَحْوِ بَيْعٍ ، وَجَارَةٍ ، وَهَبَةٍ وَإِنْ لَمْ تَصَحَّ مَبَاشَرَتُهُ لَهُ ؛ لِلضَّرُورَةِ ، وَتَوَكُّلُ مُحْرِمٍ حَلَالاً فِي النِّكَاحِ بَعْدَ التَّحْلُلِ أَوْ مُطْلَقاً ،

قوله : (وَلَا أَمْرًا فِي النِّكَاحِ) أي : ولا يصح توكيل المرأة أجنبياً في النكاح .

قوله : (إيجاباً وقَبُولاً) أي : لأنها لا تباشره ، بخلاف ما لو وكلها الولي لتوكل عنه رجلاً في تزويج ابنته . . فإنه يجوز ، نقله المتولي عن الشافعي رضي الله تعالى عنه . جمل عن الشوبري (١) .

قوله : (وَيَصَحُّ إِذْنُهَا) أي : المرأة .

قوله : (لَوْلِيَّهَا بِصِيغَةِ التَّوَكُّلِ) أي : كقولها له : وكلتك في تزويجي ؛ لأنه ليس في الحقيقة وكالة ، بل متضمن للإذن فيكون الولي حينئذ مأذوناً له لا وكيلاً ، وينبغي على هذا : أنها لو جعلت له أجرة . . لا يستحقها ، ولو صحت الوكالة . . لاستحقها ، نظير ما يأتي .

قوله : (وَيَصَحُّ تَوَكُّلُ الْأَعْمَى) أي : لغيره البصير .

قوله : (فِي نَحْوِ بَيْعٍ وَاجَارَةٍ وَهَبَةٍ) أي : وشراء وغيرها مما يتوقف على الرؤية .

قوله : (وَإِنْ لَمْ تَصَحَّ مَبَاشَرَتُهُ لَهُ) أي : مباشرة الأعمى لنحو البيع ؛ لفقد شرطه وهو الرؤية ، قال ابن قاسم نقلاً عن السبكي : (الْأَعْمَى مَالِكٌ رَشِيدٌ إِلَّا أَنْ فِيهِ خَلَلٌ مِنْ جِهَةِ الرُّؤْيَةِ ، وَهَذَا الْخَلَلُ رَاجِعٌ إِلَى الْمَبِيعِ لَا إِلَى ذَاتِ الْأَعْمَى ، فَإِذَا اسْتَنَابَ مِنْ لَيْسَ فِيهِ ذَلِكَ الْخَلَلُ . . جاز ، بخلاف الصبي ونحوه ؛ فإن الخلل راجع لذاته) .

قوله : (لِلضَّرُورَةِ) تحليل للصحة ، فهو مستثنى من عكس الضابط السابق ، وهو : أن كل من لا تصح منه المباشرة . . لا يصح منه التوكيل ، ونوزع في هذا الاستثناء بأن الأعمى يصح بيعه في الجملة ؛ وهو السلم ، وشراؤه لنفسه ؛ إذ الشرط صحة المباشرة في الجملة ؛ ولذا لو ورث (٢) بصير عيناً لم يرها . . صح توكيله . في بيعها مع عدم صحته منه ، ورد بأن الكلام في بيع الأعيان وهو لا يصح منه مطلقاً ، وفي الشراء الحقيقي وشراؤه لنفسه ليس كذلك ، بل هو عقد عتاقة فصح الاستثناء ، فليتأمل .

قوله : (وَتَوَكُّلُ مُحْرِمٍ) أي : ويصح توكيل المحرم بضم الميم ؛ أي : المتلبس بالإحرام .

قوله : (حَلَالاً فِي النِّكَاحِ) أي : إيجاباً أو قبُولاً .

قوله : (بَعْدَ التَّحْلُلِ أَوْ مُطْلَقاً) يعني : ليعقد عنه بعد تحلله أو أطلق فيصح التوكيل ؛ لأن

(١) فتوحات الوهاب (٤٠٢/٣) .

(٢) في الأصل : (ورد بيع) . ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

وحلالٌ مُحَرَّمًا فِي التَّوَكُّلِ فِيهِ . وَقَدْ تَصَحَّحَ مَبَاشَرَةُ الْإِنْسَانِ وَلَا يَصَحُّ تَوَكُّلُهُ ؛ كَغَيْرِ مُجْبِرٍ فِي النِّكَاحِ إِذَا نَهَتْهُ الْأَذْنَةُ لَهُ عَنِ التَّوَكُّلِ فِيهِ ، وَالظَّافِرِ لَا يُوَكَّلُ بِنَحْوِ كَسْرِ بَابٍ وَنَقْبِ جِدَارٍ ،

الإحرام يمنع الانعقاد دون الإذن كما صرحوا به في (النكاح) ، ونظيره ما [لو] وكله ليشترى له هذه الخمر بعد تخللها أو أطلق . . فإنه صحيح أيضاً كما نقلوه عن الناضي ، لا يقال : هو في معدوم ؛ لأننا نقول : بل هو موجود منع منه مانع فانتظرنا تبدل صفته فقط ، تأمل .

قوله : (وحلال محرماً في التوكيل فيه) أي : في النكاح ؛ بأن وكل حلال محرماً ليوكل حلالاً في التزويج ، سواء قال بعد التحلل أو الآن في زمن الإحرام أو أطلق ؛ وذلك لأن الموكل الأصلي حلال ، بخلاف توكيل المحرم الحلال في النكاح ليعقد له أو لموليته حال إحرام المحرم فإنه لا يصح ؛ لأنه لا يباشره .

قوله : (وقد تصح مباشرة الإنسان ولا يصح توكيله) هذا إشارة إلى الاستثناء من منطوق القاعدة ، وهو : أن كل من صحت مباشرته بملك أو ولاية . . صح توكيله ، قيل لا حاجة للاستثناء ؛ لأن الصور الآتية لا ترد ؛ لأنه اشترط للصحة التمكن من المباشرة ، وذلك لا يقتضي أن كل من تمكن من المباشرة . . صح توكيله ، بل هو نظير قولنا : لا يكون الإنسان إلا حيواناً .

ومعلوم : أنه لا يفيد أن كل حيوان إنسان ، وأيضاً : فإن الشرط لا يلزم من وجوده الوجود ، وأجيب بأن ذكر شروط الموكل في مقام ضبطه وبيان من يصح توكيله ومن لا يصح يقتضي : أن المذكور هو جملة ما يشترط فيه ، وأنه مضبوط بمن وجد فيه ذلك ، وهو يوجب احتياج الاستثناء .

وإيضاحه : أنه لما كان من شأن الفقهاء تحرير الأحكام المتوقف على ذكر جميع ما يعتبر فيها ، وكان المتبادر من ذلك أن [ما] يذكر من شروط الشيء جميع ما يعتبر فيه . . احتيج إلى الاستثناء ؛ ليتحرر الحكم بتحرير شروطه ، ويندفع ما يسبق إلى الفهم من أن المذكور هو جميع ما يعتبر في ذلك الحكم ؛ فيحصل الوقوع في الغلط ، فتأمل أنه فإنه لطيف ، والله درهم .

قوله : (كغير مجبر في النكاح) أي : كولي غير مجبر في النكاح من أب وجد في الثيب ، وغيرهما في الثيب والبكر .

قوله : (إذا نهته الأذنة له عن التوكيل فيه) أي : فإن غير المجبر إذا أذنت له موليته في النكاح ولكن نهته عن التوكيل . . فإنه لا يوكل كما صرحوا به في (باب النكاح) بخلاف المجبر .

قوله : (والظافر) عطف على (غير مجبر) .

قوله : (لا يوكل بنحو كسر باب ونقب جدار) أي : وأخذ حقه ، قل في « التحفة » : (وإن

وَالْوَكِيلُ لَا يُوَكَّلُ فِيمَا يَقْدَرُ عَلَيْهِ . (الثَّانِي : الْوَكِيلُ ، وَشَرْطُهُ صِحَّةُ مُبَاشَرَةِ التَّصَرُّفِ لِنَفْسِهِ) بَأَنْ يَكُونَ صَحِيحَ الْعِبَارَةِ فِي ذَاكَ التَّصَرُّفِ الَّذِي وَكَّلَ فِيهِ (فَلَا تَصِحُّ وَكَالَةُ صَبِيٍّ)

عجز كما اقتضاه إطلاقتهم ، ويوجه بأن هذا على خلاف الأصل فلم يتوسع فيه ^(١) ، وقال جمع : (ويحتمل جوازه عند عجزه) ^(٢) ، واستوجهه السيد عمر .

قوله : (والوكيل) عطف أيضاً على (غير مجبر) .

قوله : (لا يوكل فيما يقدر عليه) أي : بخلاف توكيله فيما لا يقدر فإنه صحيح كما سيأتي ذكره في الفصل الآتي .

قوله : (الثاني) أي : من أركان الوكالة الأربعة .

قوله : (الوكيل) لا بد فيه من تعيينه ، فلو قال لاثنين : وكلت أحدهما في كذا . . لم يصح . نعم ؛ إن وقع غير المعين تبعاً للمعين ؛ كقوله : وكلتك في كذا وكلّ مسلم . . صح كما بحثه في « شرح المنهج » قال : (وعليه العمل) انتهى ^(٣) ، واعتمده الرملي ^(٤) ، ونظر فيه الشارح في « التحفة » ^(٥) .

قوله : (وشروطه) أي : الوكيل .

قوله : (صحة مباشرة التصرف) أي : المأذون فيه .

قوله : (لنفسه) أي : لنفس الوكيل ، وإلا . . فلا يصح .

قوله : (بأن يكون صحيح العبارة . . .) إلخ ، تصوير لصحة مباشرة التصرف .

قوله : (في ذلك التصرف الذي وكل فيه) أي : وإن لم يكن صحيح العبارة في غيره ، فلا يشترط أن يكون صحيحها في كل التصرفات .

قوله : (فلا تصح وكالة صبي) أي : ولو على وجه : أن يأتي بالتصرف بعد بلوغه .

نعم ؛ الصحيح : اعتماد قول صبي مميز مأمون في الإذن في دخول دار وإيصال هدية ؛ قال في « حاشية الأسنى » : (لا لباق الناس عليه من غير نكير ، وفي « صحيح مسلم » : أنه صلى الله عليه وسلم رأى ابن عباس يلعب مع الصبيان فقال : « اذهب فادع لي معاوية » ، قال النووي : فيه اعتماد

(١) تحفة المحتاج (٢٩٧/٥) .

(٢) انظر « نهاية المحتاج » (١٨/٤) .

(٣) فتح الوهاب (٢١٩/١) .

(٤) نهاية المحتاج (١٨/٥) .

(٥) تحفة المحتاج (٢٩٨/٥) .

وَمَجْنُونٍ) ولا سفیه فیما لا یصح منه - وَإِنْ أَذِنَ وَلِيُّهُم - (وَلَا أَمْرًا) فِي النِّكَاحِ (وَلَا مُحْرِمٍ فِي النِّكَاحِ) لِعَقْدِهِ فِي إِحْرَامِهِ - بخلاف ما إذا وكل فيه ليعقده بعد تحلله ، أو لم يقيد بشيء - وذلك لأنه إذا لم يتمكن من التصرف لنفسه .. فغيره أولى ..

الصبي فيما يرسل فيه من حمل هدية وطلب حاجة ونحوه . انتهى ، وكان يرسل أنساً في حوائجه وهو صبي^(١) .

قوله : (ومجنون) أي : ومغمى عليه ومعتوه ونائم .

قوله : (ولا سفیه فیما لا یصح منه) أي : من التصرفات المالية ، بخلاف توكله فيما یصح منه فإنه صحيح كما سیأتي .

قوله : (وإن أذن وليهم) أي : الصبي والمجنون والسفیه في ذلك ، فلا فرق في عدم صحة توكلهم بين أن يأذن لهم أولياؤهم وأن لا .

قوله : (ولا امرأة في النكاح) أي : إيجاباً وقبولاً ؛ لسلب عبارتها فيه ، وكذا لا یصح توكلها في الرجعة ، ولا في الاختيار للنكاح أو الفراق وإن عينت لها المرأة ، والحنث في ذلك كالمرأة . نعم ؛ لو بان ذكراً بعد تصرفه ذلك .. بانت صحته كما في « التحفة » وغيرها^(٢) .

قوله : (ولا محرم في النكاح) أي : إيجاباً وقبولاً أيضاً ؛ لعدم صحة مباشرته له .

قوله : (ليعقده في إحرامه) قيد لعدم الصحة ، فصورة المسألة : أن يوكله ليعقده له أو لموليته حال الإحرام .

قوله : (بخلاف ما إذا وكل فيه) أي : في الإحرام .

قوله : (ليعقده بعد تحلله أو لم يقيد بشيء) أي : فإنه یصح ؛ لأن الإحرام يمنع الانعقاد دون الإذن كما صرحوا به في (النكاح) ، ويطرد ذلك فيما لو وكله ليشترى له هذا الخمر بعد تحلله ، لا يقال : هو في معدوم ؛ لأننا نقول : بل هو موجود منع منه مانع فانتظرنا تبدل صفته فقط ، أفاده في « حاشية الروض »^(٣) .

قوله : (وذلك) أي : تعليل عدم صحة وكالة الصبي ومن ذكر بعده .

قوله : (لأنه إذا لم يتمكن من التصرف لنفسه .. فغيره أولى) أي : فإن تصرف الشخص لنفسه أقوى من تصرفه لغيره ؛ فإن تصرفه له بطريق الأصالة ولغيره بطريق النيابة ، فإذا لم يقدر على

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٢ / ٢٦٤) ، والحديث في « صحيح مسلم » (٢٦٠٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٥ / ٢٩٩) .

(٣) حواشي الرملي على شرح الروض (٢ / ٢٦٣) .

وينفذ بيعُ فاسقٍ مالٍ محجورٍ وكلُّه وليُّه فيه وإن امتنع عليه توكيله . (وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ عَبْدٍ) الأولي :
توكُّلَ عَبْدٍ (فِي قَبُولِ نِكَاحٍ) وكَذَا فاسقٌ وسفيهٌ وإن لم يأذن السيدُ والوليُّ ؛ لتمكُّنهم منه ولو في
الجملة ،

الأقوى . . لا يقدر على الأضعف بطريق الأولى . « مغني »^(١) .

قوله : (وينفذ بيع فاسق مال محجور) أي : بنحو صبا .

قوله : (وكله وليه فيه) أي : في البيع .

قوله : (وإن امتنع عليه توكيله) أي : لأن شرط وكيل الولي أن يكون عدلاً ، قال (ع ش) :

(ظاهره : وإن وكله في بيع معين من أموال المحجور ، ولو قيل : بصحة توكيل الفاسق في ذلك
حيث لم يسلم المال له . . لم يبعد . . .) إلخ^(٢) .

قوله : (ويصح . . .) إلخ ؛ أي : في الأصح كما في « المنهاج »^(٣) .

قوله : (توكيل عبد) أي : من فيه رق .

نعم ؛ بحث الأذرعي صحة توكيل المكاتب في تزويج الأمة إذا قلنا : إنه يزوج أمته ، قال في

« التحفة » و « النهاية » : (ومثله في هذا المبعوض ، بل أولى)^(٤) .

قوله : (الأولى : توكيل عبد) أي : لأنه حيثئذ من إضافة المصدر للفاعل ، وهو أوضح ؛ لأن

الكلام في الوكيل ، وعلى الأول : من إضافة المصدر إلى المفعول ، تدبر .

قوله : (في قبول نكاح ، وكذا فاسق وسفيه) أي : فهو مستثنى من عكس الضابط ، وهو : من

لا تصح مباشرته لنفسه . . لا يصح توكله ، كذا قيل ، قال بغض المحققين : (في كون مسألة
العبد من المستثنى تأمل ؛ لأنه تصح مباشرته لقبول النكاح لنفسه .

نعم ؛ يصح الاستثناء بالنسبة لحالة عدم إذن سيده)^(٥) .

قوله : (وإن لم يأذن السيد والولي) أي : وإنما توقف الإذن إذا كان لأنفسهم ؛ لما فيه من

التزام المهر والنفقة وهو متف هنا . انتهى « شرح البهجة »^(٦) .

قوله : (لتمكنهم منه ولو في الجملة) أي : وهو كافٍ في صحة التوكيل ؛ إذ الأصح : أن

(١) مغني المحتاج (٢٨٣/٢) .

(٢) حاشية الشيرازي (١٩/٥) .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٢٧٢) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٠١/٥) ، نهاية المحتاج (٢١/٥) .

(٥) انظر « حاشية الشرواني » (٣٠٠/٥) .

(٦) الغرر البهية (٥٠٤/٥) .

أَمَّا إِجْبَابُهُ . . فلا يصحُّ توَكُّلٌ واحدٍ منهم فيه ؛ لعدمِ تَمَكُّنِهِمْ مِنْهُ مطلقاً . (الرُّكْنُ الثَّالِثُ : اَلْمَوْكَلُّ فِيهِ ، وَشَرْطُهُ أَنْ يَمْلِكَهُ اَلْمَوْكَلُّ ، فَلَوْ وَكَّلَ بَيْعَ عَبْدٍ سَيِّئِ الْمَنَةِ ، أَوْ طَلَّاقٍ مِنْ سَيِّئِهَا) أو تزويج مَنْ سَتَقْضِي عَدَّتُهَا (. . لَمْ يَصِحَّ) على المَعْتَمِدِ ؛ لتَعَدُّرِ مَبَاشَرَتِهِ لَهُ حَالِ اَلتَّوَكُّلِ

المراد : صحة مباشرة الوكيل لجنس التصرف الذي وكل فيه في الجملة وإن امتنع عليه التصرف لنفسه في بعض أفرادها ، ولذا : سقط استثناء كثير من المسائل هنا ، تأمل .

قوله : (أما إيجابه) مقابل قول المتن : (في قبول نكاح) .

قوله : (فلا يصح توكل واحد منهم فيه) أي : العبد والفاستق والسفيه في إيجاب النكاح .

قوله : (لعدم تمكنهم منه مطلقاً) أي : بإذن وليهم وعدمه ، وأيضاً : فإذا لم يزوجوا بناتهم . . فبنات غيرهم أولى .

قوله : (الركن الثالث) أي : من أركان الوكالة .

قوله : (الموكل فيه) قد فسره فيما مر بالتصرف ، وذكر له هنا ثلاثة شروط ، لكن لا يناسب التفسير إلا الثاني ، وأما الأول والأخير . . فلا يناسبانه ، إلا أن يقال : هو على تقدير مضاف بالنظر إليهما . . فيقال : أن يملكه ؛ أي : يملك متعلقه ؛ وهو العين نفسها ، ويقال : وأن يكون معلوماً ؛ أي : متعلقه . جمل^(١) .

قوله : (وشروطه : أن يملكه الموكل) أي : وقت التوكيل ؛ وإلا . . فكيف يأذن فيه ، والمراد : ملك التصرف فيه الناشئ عن ملك العين تارة والولاية عليه أخرى ؛ بدليل قوله أول الباب : (بملك أو ولاية) ، ولا ينافيه التفريع الآتي ؛ لأنه يصح على ملك التصرف أيضاً . « تحفة »^(٢) .

قوله : (فلو وكل بيع عبد سيملكه) أي : أو إعتاقه ، سواء كان العبد موصوفاً أو معيناً أم لا ، لكن هذا لا خلاف فيه ، ولم يكن تابِعاً للمملوك كما سيأتي .

قوله : (أو طلاق من سينكحها) أي : ما لم يكن تبعاً لمنكوحه .

قوله : (أو تزويج من ستقضي عدتها) أي : كأن وكل من يزوج موليته إذا انقضت عدتها أو طلقت .

قوله : (لم يصح على المَعْتَمِدِ) أي : وقيل : يصح ؛ اكتفاء بحصول الملك عند التصرف .

قوله : (لتعذر مباشرته له حال التوكيل) أي : لأنه إذا لم يباشر ذلك حال التوكيل . . فكيف

يستنيب غيره .

(١) فتوحات الوهاب (٤٠٣/٣) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٠١/٥) .

نَعَمْ ؛ لو جعله تبعاً لِمَا يملكه كتوكيله ببيع عبده وما سيملكه . . صَحَّ ، ومع فسادِ الْوَكَالَةِ ينفذُ تصرفُ الْوَكِيلِ ؛ لعمومِ الْإِذْنِ ، وَإِنَّمَا يَصَحُّ إِذْنُهَا لَوْلِيهَا أَنْ يَزَوِّجَهَا إِذَا فَارَقَهَا زَوْجَهَا ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى مِنْ التَّوَكُّلِ ،

قوله : (نعم ؛ لو جعله) أي : ما لا يملكه ، وهذا استدراك على المتن .

قوله : (تبعاً لما يملكه) أي : حال التوكيل .

قوله : (كتوكيله ببيع عبده وما سيملكه) أي : ولو لم يكن من الجنس ؛ كبيع عبده هذا وطلاق من سينكحها . (ق ل)^(١) .

قوله : (صح) أي : كما لو وقف على ولده الموجود وما سيحدث له من الأولاد ، وكما لو وكله ببيع عين يملكها وأن يشتري له بثمانها كذا . . فإنه صحيح في الأشهر ، قال في « الفتح » : (وقياسه : صحة توكيله بطلاق من سينكحها تبعاً لمنكوحته ؛ ويؤيده : نقل ابن الصلاح صحة التوكيل ببيع ثمرة شجرة قبل إثمارها ؛ أي : لأنه مالك لأصلها ، وقياس ذلك كله : أنه لو قال : وكلتك في بيع كذا وكل مسلم . . صح ، وهو متجه ؛ إذ لا فارق بينهما يعتد به ، ومن ثم كان على ذلك عمل القضاة وغيرهم ، واعتمده شيخنا في « شرح لمنهج » لكنه لم يستنبطه مما ذكرته (انتهى ، فليتأمل)^(٢) .

قوله : (ومع فساد الوكالة . . .) إلخ ، مرتبط بقول المتن : (لم يصح) .

قوله : (ينفذ تصرف الوكيل) أي : فيما وكل فيه بعد ثبوت ملك الموكل للموكل فيه ، وظاهر إطلاقه : ولو في مسألة تزويج ، لكن نقل ابن قاسم عن ابن العماد : أنه بالغ في تخطئة من قال بصحة النكاح عند فساد الوكالة فيه^(٣) ؛ وكان وجهه : الاحتياط في الأ بضاع ، فليراجع .

قوله : (لعموم الإذن) تعليل للنفوذ ، وسيأتي في الشرح بيان فائدة عدم الصحة في ذلك .

قوله : (وإنما يصح إذنها) أي : المرأة ، لهذا جواب عن سؤال مقدر ناشئ عن اشتراط الملك في الموكل فيه .

قوله : (لوليها) أي : وهي في نكاح أو عدة .

قوله : (أن يزوجه إذا فارقها زوجها) أي : أو انقضت عدتها ؛ كأن قالت له : أذنت لك في تزويجي إذا فارقني زوجي أو انقضت عدتي .

قوله : (لأنه أقوى من التوكيل) يعني : أن الإذن المذكور ليس توكيلاً ، بل هو أقوى منه .

(١) حاشية قلوبوي (٣٣٨/٢) .

(٢) فتح الجواد (٥١٠/١) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التلغة (٣٠٢/٥) .

فلم يتأثر بعدم ملك المأذون فيه . (وَأَنْ يَكُونَ) أي : الْمُؤَكَّلُ فيه (مِمَّنْ) الأولي : مِمَّا (تَدْخُلُهُ الْوَكَالَةُ) يعني : مِمَّا يَقْبَلُ النِّيَابَةَ ؛ وَهُوَ : ما مباشره [غير] مقصود لِعَيْنِهِ ، فلا دور ؛ لَأَنَّهُ إِنَابَةٌ ، فلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ فيما يقبلها . (فَلَا تَصِحُّ) الْوَكَالَةُ (فِي عِبَادَةٍ) لَأَنَّ الْأَصْدَ مِنْهَا أَمْتَحَانُ الْمَكْلَفِ نَفْسِهِ (إِلَّا الْحَجَّ)

قوله : (فلم يتأثر بعدم ملك المأذون فيه) أي : وهو التزويج ، وإيضاح ذلك : أن تزويج الولي بالولاية الشرعية ، وتزويج الوكيل بالولاية الجعلية ، ومعلوم : أن الأولي أقوى ، فيكتفى فيها بما لا يكتفى به في الثانية ، وأن باب الإذن أوسع من باب الوكالة ، تأمل .

قوله : (وأن يكون ؛ أي : الموكل فيه ...) إلخ ، وهذا هو الشرط الثاني .

قوله : (ممن الأولي : مما) أي : لأن (مَنْ) للعقلاء .

قوله : (تدخله الوكالة) أي : من التصرفات .

قوله : (يعني : مما يقبل النيابة) أي : شرعاً .

قوله : (وهو) أي : ما يقبل النيابة .

قوله : (ما مباشره [غير] مقصود لعينه) أي : بخلاف ما مباشره مقصود^(١) عينه ؛ فإنه لا يقبل النيابة .

قوله : (فلا دور) أي : لأن ما يقبل النيابة علم على ذلك ، والدور لمنفي : هو أن النيابة هي الوكالة وقد جعلت شرطاً لها ، تأمل .

قوله : (لأنه إنابة) تعليل للمتن .

قوله : (فلا بد أن يكون فيما يقبلها) أي : النيابة ، فما لا يقبلها كاستيفاء حق القسم بين الزوجات . لا يقبل التوكيل .

قوله : (فلا تصح الوكالة في عبادة) أي : سواء احتاجت لنية ؛ كالصلاة ، أو لم تحتج إليها ؛ كالأذان .

قوله : (لأن القصد منها) أي : المقصود من العبادة ؛ تعليل لعدم صحة الوكالة فيها .

قوله : (امتحان المكلف نفسه) أي : ابتلاؤه واختباره بإتباع النفس ، وذلك لا يحصل بالتوكيل ، وقول الأصوليين : يجوز عندنا دخول النيابة فيما كلف به من الأفعال البدنية - أي : عقلاً - بناء على أن الثواب فضل من الله والعقاب عدل منه ، وإنما العبادة والمعصية أمارتان على ذلك ، تدبر .

قوله : (إلا الحج) أي : والعمرة عند العجز عنهما .

(١) في الأصل : (مباشره غير مقصود) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

وَنَحْوُهُ) كتوابِعِهِ ، وَإِزَالَةُ الْخَبَثِ ، وَتَطْهِيرُ أَعْضَاءِ الطَّهَارَةِ بِمَاءٍ أَوْ تَرَابٍ وَلَوْ مَعَ الْقُدْرَةِ ، وَالصَّوْمِ عَنْ الْمَيْتِ ، وَالصَّدَقَةِ ، بِتَفْرِيقٍ نَحْوِ زَكَاةٍ ، وَذَبْحٍ نَحْوِ أَضْحِيَةٍ ، وَتَجْهِيزِ مَيْتٍ . (وَلَا فِي شَهَادَةٍ) لِإِنَّاظِهَا بَعْلَمُ الشَّاهِدِ ، وَدَوَّ غَيْرُ حَاصِلٍ لِلْوَكِيلِ ، وَهَذَا غَيْرُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

قوله : (ونحوه كتوابعه) أي : المتقدمة والمتأخرة ؛ كركعتي الإحرام والطواف وطواف الوداع ، فلو أفردها بالتوكيل . . لم يصح .

قوله : (وإزالة الخبث) مقتضاه : أنها من العبادة ، لكن في « التحفة » : (وليس منها نحو إزالة النجاسة ؛ لأن القصد منها الترك)^(١) أي : ولذا لم يشترط فيها النية على الأصح .

قوله : (وتطهير أعضاء الطهارة بماء أو تراب) أي : لأن هذا وسيلة للعبادة ، والإنابة فيها جائزة إجماعاً كما ذكره بعض المحققين .

قوله : (ولو مع القدرة) راجع لإزالة الخبث وتطهير الأعضاء معاً .

قوله : (والصوم عن الميت) أي : على القديم المختار كما مر في بابه .

قوله : (والصدقة وتفريق نحو زكاة) أي : كنذر وكفارة .

قوله : (وذبح نحو أضحية) أي : كهدي وعقيقة وجبران وشاة وليمة ، قال في « التحفة » : (سواء وكل الذابح المسلم المميز في النية أم وكل فيها مسلماً مميزاً غيره ليأتي بها عند ذبحه ؛ كما لو نوى الموكل عند ذبح وكيله ، وقول بعضهم : لا يجوز أن يوكل فيها آخر . . مردود)^(٢) .

قوله : (وتجهيز ميت) أي : سواء ممن توجه عليه فرضه أم لا ؛ كالعبد ، وهذا ما اعتمده الأذرعى وعلله بصحة الاستئجار عليه ، ونقل عن الروياني عدم الجواز ؛ لأنه فرض فيقع عن مباشره ، ونقل عن الرملي اعتماده ، قال : لأنه يقع عن الوكيل ، ويفارق صحة الاستئجار لذلك بأن بذل العوض يقتضي وقوع العمل للمستأجر ، وإليه مال في « التحفة »^(٣) .

قوله : (ولا في شهادة) أي : لا تصح الوكالة فيها بأنواعها .

قوله : (لإنابته بعلم الشاهد وهو غير حاصل للوكيل) أي : ولأننا احتطنا فيها ولم يقم غير لفظها مقامها فألحقت بالعبادات .

قوله : (وهذا) أي : التوكيل في الشهادة .

قوله : (غير الشهادة على الشهادة) أي : فإنها ليست توكيلاً ، بل الحاجة جعلت شهادة

(١) تحفة المحتاج (٣٠٣/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٠٣/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٠٣/٥ - ٣٠٤) .

(وَسَائِرِ الْإِيمَانِ) كلعان ، وإيلاء ، وظهار ، وحلف ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ كَالْعِبَادَةِ ؛ لِتَعَلُّقِ حَكْمِهَا بِتَعْظِيمِهِ تَعَالَى ، وَنَحْوِ الظَّهَارِ لِشَبْهِهَا . (وَلَا فِي إِقْرَارِ) كَوَكَلْتِكَ لِتُقَرَّرَ عَنِّي لِفُلَانٍ بِكَذَا ، فيقول : أَقَرَرْتُ عَنْهُ بِكَذَا ؛ لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ كَالشَّهَادَةِ . نَعَمْ ؛ أَلْتَوَكَّلْتُ فِي الْإِقْرَارِ بِمَعْنَى أَوْ مُبِهِمَّ

المتحمل عنه بمنزلة الحاكم [المؤدّي] عنه عند حاكم آخر .

قوله : (وسائر الإيمان) أي : ولا تصح الوكالة في جميع الإيمان .

قوله : (كلعان وإيلاء وظهار وحلف) صورته في الإيلاء : والله ؛ لا يطؤك موكلي خمسة أشهر ، أو : جعلت موكلي مولياً منك ، ويقاس به البقية ؛ ففي الظهار أن يقول : أنت على موكلي كظهر أمه ، أو : جعلته مظاهراً منك .

قوله : (لأن اليمين كالعبادة) أي : مشبهة وملحقة بها ، وقد تقرر : أنه لا تصح الوكالة في العبادة .
قوله : (لتعلق حكمها بتعظيمه تعالى) أي : فمعنى اليمين : ذكر اسم الله عز وجل على سبيل التعظيم .

قوله : (ونحو الظهار) أي : من إيلاء ولعان .

قوله : (لشبهها) أي : اليمين فإن المذهب فيه معنى اليمين ؛ لتعلقه بالفاظ وخصائص ، وأيضاً : فإن الظهار منكر ومعصية ، وكونه يترتب عليه أحكام آخر لا يمنع النظر لكونه معصية .

قوله : (ولا في إقرار) أي : ولا تصح الوكالة في إقرار ، سواء فيه حق الله وحق آدمي .

قوله : (كوكلتك لتقر عني لفلان بكذا) هذا صيغة التوكيل .

قوله : (فيقول : أقررت عنه بكذا) أي : أو جعلته مقراً بكذا .

قوله : (لأنه إخبار كالشهادة) أي : فلم يقبل التوكيل .

قوله : (نعم ؛ التوكيل في الإقرار بمعين أو مبهم) أي : لا مطلقه ؛ لاحتمال إرادة الإقرار بغير مال أو اختصاص ؛ كعلم أو شجاعة . « فتح الجواد »^(١) .

قوله : (إقرار) أي : من الموكل ؛ لإشعاره بثبوت الحق عليه ؛ لأنه لا يأمر غيره بأن يخبر عنه بشيء إلا وهو ثابت ، ولذا لو قال : بعني هذه العين . . كان إقراراً له بالملك ؛ أي : مالكية البيع لا المبيع ، وقيل : إن ذلك ليس بإقرار ؛ كما أن التوكيل بالإبراء ليس بإبراء ، وعلى هذا جرى في « البهجة » حيث قال :

[من الرجز]

ولا شهادة وإقرار ولا تجعل به مقراً الموكلاً^(٢)

(١) فتح الجواد (٥٠٧/١) .

(٢) بهجة الحاوي (ص ١٠٤) .

(وَلَا فِي نَذْرٍ) وتعليق طلاق ، وعتي ، وإثبات حد ، أو تعزير لله تعالى ، ولا في معصية . (وَ)
شَرَطُ الْمَوْكَلِ فِيهِ أَيْضاً (أَوْ يَكُونُ مَعْلُوماً مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ)

قال في « الغرر » : (محل الخلاف إذا قال : وكلتك لتقر عني لفلان بكذا ، فلو قال : أقر عني لفلان بألف له علي . . . كاد إقراراً قطعاً ، صرح به النووي نقلاً عن الجرجاني وغيره ، ولو قال : أقر له علي بألف . . . لم يكن إقراراً قطعاً ، صرح به صاحب « التعجيز »)^(١) .

قوله : (ولا في نذر) تعليق طلاق وعتي (أي : ولا تصح الوكالة فيها ، قال في « التحفة » :
(والتدبير ، قيل : ونحو الوصاية ، وتقييدهم بما ذكر للغالب . انتهى) ، وإنما يكون للغالب إن لم يكن للتقييد به معنى محتمل ، وإلا كما هنا . . عمل بمفهومه ، ويوجه اختصاص المنع بتلك الثلاثة بأن للعبادة فيها شياً بئناً ؛ إما لبعدها عن قضايا الأموال بكل وجه كالطلاق ، وإما لتبادر التعبد [منها] كالآخرين ، بخلاف نحو الوصاية فإنها تصرف مالي فلم تشبه العبادة ، فجاز التوكيل في تعليقها) تأمل^(٢) .

قوله : (وإثبات حد أو تعزير لله تعالى) أي : ولا تصح الوكالة في إثبات حد . . . إلخ ؛ لأنه مبني على الدرء ، فالتوكيل في إثباته منافٍ للمقصود .

نعم ؛ قد يقع إثباته بالوكالة تبعاً ؛ بأن يقذف شخص آخر فيطالبه بحد القذف . . . فله أن يدرأه عن نفسه ؛ بإثبات زناه بالوكالة وبدونها ، فإذا ثبت . . أقيم عليه الحد ، فإثباته يقع تبعاً ؛ لأن القصد بالذات درء حد القذف ، تدبر .

قوله : (ولا في معصية) أي : ولا تصح الوكالة في معصية ؛ كالقتل والقذف والسرقة ؛ لأن حكمها يختص بمرتكبها ؛ لأن كل شخص بعينه مقصود بالامتناع منها .

نعم ؛ ما الإثم فيه لمعنى خارج ؛ كالبيع بعد نداء الجمعة الثاني يصح التوكيل فيه ، وكذا الطلاق في الحيض ، قاله البلقيني .

فالحاصل : أن ما كان مباحاً في الأصل وحرم لعارض . . صح التوكيل فيه وإن حرم ؛ إذ لا يلزم من الصحة الجواز ، ولا يصح التوكيل فيما كان محرماً بأصل الشرع .

قوله : (وشرط الموكل فيه أيضاً) هذا هو الشرط الثالث .

قوله : (أن يكون معلوماً من بعض الوجوه) أي : فلا يشترط كونه معلوماً من كل وجه ؛ لأن تجويز الوكالة للحاجة يقتضي المسامحة فيه .

(١) الغرر البهية (٤٩٠/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٠٤/٥) .

علماً يقل به الغرر ؛ بأن يذكر من أوصافه ما لا بُدَّ منه في تمييزه (فَلَوْ وَكَّلَهُ بِكُلِّ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ) أو في كلِّ أموره ، أو ليتصرف في أموره كيف شاء (. . لَمْ تَصِحَّ) الوكالة ؛ لكثرة الغرر فيه مع عدم الحاجة إلى احتماله . (وَلَوْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ) أو أمة مثلاً (. . بَيْنَ نَوْعِهِ) وصنّف ذلك النوع

قوله : (علماً يقل به الغرر) أي : بخلاف ما إذا كثر الغرر .

قوله : (بأن يذكر من أوصافه ما لا بد منه في تمييزه) أي : الموكل فيه ، ولا يشترط ذكر أوصاف المسلم فيه ولا ما يقرب منها .

قوله : (فلو وكله بكل قليل أو كثير) أي : من أموره .

قوله : (أو في كل أموره) أي : أو في كل حقوقه .

قوله : (أو ليتصرف في أموره كيف شاء) أي : أو فوض إليه جميع الأشياء أو كل شيء .

قوله : (لم تصح الوكالة) ظاهر كلامه : عدم الصحة في ذلك وإن كان تابعاً لمعين وهو المعتمد ، خلافاً لما في « شرح المنهج » ، فلا ينفذ تصرف الوكيل في شيء من التابع ؛ لأن عظم الغرر فيه الذي هو السبب في البطلان لا يندفع بذلك ، وليس هذا كما مر في قوله : (نعم ؛ لو جعله تابعاً . .) إلخ ؛ لأن ذلك في جزئي خاص معين فساغ كونه تابعاً ؛ لقلة الغرر فيه ، بخلاف هذا ، تدبر .

قوله : (لكثرة الغرر فيه) أي : فإنه يدخل فيه أمور لو عرض تفصيلها على الموكل . . لأنكرها ؛ كتطليق زوجاته ، وإعتاق أرقائه ، والصدقة بجميع أمواله ، وبد منع الشارع بيع الغرر ، وهو أخف خطراً من هذا . « مغني » و « حاشية الروض »^(١) .

قوله : (مع عدم الحاجة إلى احتماله) أي : هذا الغرر الكثير ؛ من تنمة التعليل ، ولو قال : وكلتك في بيع أمواله وعتق أرقائي وقضاء ديوني . . صح وإن لم يعلم ما ذكر ؛ لقلة الغرر فيه ، بخلاف : بيع بعض مالي أو طائفة منه ، وبيع هذا أو هذا فإنه لا يصح ؛ لكثرة الغرر ، ولأن العقد في الثانية [لم يجد] مورداً يتأثر به ؛ لأن (أو) للإبهام ، وبه فارقت صحة (بيع أحد عبيدي) لأن الأحاد صادق على كل عبد ، تأمل .

قوله : (ولو وكله في شراء عبد أو أمة مثلاً) أي : أو ثوب ونحوه .

قوله : (بين نوعه وصنف ذلك النوع) أي : فلا يكفي قوله : اشتر لي رقيقاً ، ولا : اشتر لي عبداً كما تشاء ؛ لكثرة الغرر ، بخلاف القراض كما سيأتي .

(١) مغني المحتاج (٢٨٧/٢) ، حواشي الرملي على شرح الروض (٢٦٢/٢) .

إِذَا اخْتَلَفَتْ أَصْنَافُهُ اخْتِلَافاً ظَاهِراً ؛ كَتَرَكِي رُومِي ، أَوْ أَسُودَ نَوْبِي ، وَقَدْ يُغْنِي عَنِ النُّوعِ كَالنَّوْبِيِّ عَنِ
الْأَسُودِ ، وَلَا يُغْنِي عَنِ ذِكْرِ الصَّنْفِ ذِكْرُ الثَّمَنِ ، وَيَبِينُ ذِكْرُ الثَّمَنِ ، وَيَبِينُ أَيْضاً فِيمَا إِذَا وَكَّلَهُ فِي
شِرَاءٍ قِنْ مِثْلًا ذِكُورَتَهُ وَأُنُوثَتَهُ . وَيَبِينُ فِي الدَّارِ :

قوله : (إِذَا اخْتَلَفَتْ أَصْنَافُهُ اخْتِلَافاً ظَاهِراً) أي : لا مطلقاً ، بل بالنسبة لمن يشتري له غيره
وكالة فيما يظهر ؛ أخذاً من قولهم : لا يشترط استقصاء أوصاف السلم ، ولا ما يقرب منها اتفاقاً ،
فالمراد من هذا النفي : مذكرته ؛ وإلا . . . كان مشكلاً ، فتأمل . « تحفة » (١) .

قوله : (كَتَرَكِي رُومِي أَوْ أَسُودَ نَوْبِي) أي : أو هندي أو قفجاق .

قوله : (وَقَدْ يُغْنِي) أي : ذكر الصنف (عن النوع) .

قوله : (كَالنَّوْبِيِّ عَنِ الْأَسُودِ) أي : أو الرومي عن الأبيض .

قوله : (وَلَا يُغْنِي عَنِ ذِكْرِ الصَّنْفِ ذِكْرُ الثَّمَنِ) أي : في الأصح ؛ لاختلاف الغرض باختلاف
الصنف مع التساوي في الثمن ، لكن هل يشترط ذكره أو لا ؟ وجهان : أحدهما : نعم ؛ لكثرة
التفاوت ، وأصحهما : لا ؛ إذ تعلق الغرض بعبد من ذلك النوع نفيساً أو خسيساً غير بعيد ، كذا في
« الغرر » (٢) .

قال (سم) : (والحاصل : أن الأصح : أن ذكر الثمن لا يشترط ، وأما بيان الصنف : فإن
اختلفت الأصناف . . فلا بد منه ، ولا يغني عنه ذكر الثمن ، وإن لم تختلف . . لم يجب التعرض
له) تأمل (٣) .

قوله : (وَيَبِينُ ذِكْرُ الثَّمَنِ) أي : في أحد الوجهين ، الأصح : خلافه كما تقرر ، ثم رأيت في
« الفتح » عبر بقوله : (وَلَا يَشْتَرِطُ ذِكْرُهُ) (٤) .

قوله : (وَيَبِينُ أَيْضاً) أي : كما يبين النوع والصنف .

قوله : (فِيمَا إِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ قِنْ مِثْلًا) أي : كإبل وغنم .

قوله : (ذِكُورَتَهُ وَأُنُوثَتَهُ) أي : قليلاً للغرر ؛ فإن الأغراض تختلف بذلك . « أسنى » (٥) .

قوله : (وَيَبِينُ فِي الدَّارِ) أي : فيما إذا وكله في شراء الدار .

(١) تحفة المحتاج (٣٠٨/٥) .

(٢) الغرر البهية (٤٩٣/٥) .

(٣) حاشية ابن قاسم على الغرر (٤٩٣/٥) .

(٤) فتح الجواد (٥٠٨/١) .

(٥) أسنى المطالب (٢٦٣/٢) .

الحارة والسكة - أي : الزقاق - وفي الحانوت : الشوق (إلا) إذا كان شراء ذلك (للتجارة) . فلا يشترط ذكر شيء من ذلك ، بل يكفي : أشتري ما شئت من العروض - كالتراض - ولو وكله في تزويج امرأة أشتري تعيينها إلا أن يقول الزوج : من شئت

قوله : (الحارة) من لازم بيانها بيان البلد غالباً ؛ فلذا لم يصرح به . « تحفة »^(١) .

قوله : (والسكة) بكسر السين وتشديد الكاف .

قوله : (أي : الزقاق) أي : المشتمة عليه وعلى مثله الحارة ، وقد يغني تعيين السكة عن الحارة ، وقد يغني ذكر الحارة حيث لا تعدد في سككها .

قوله : (وفي الحانوت) أي : وبين فيما إذا وكله في شراء الحانوت ؛ أي : الدكان .

قوله : (السوق) أي : قليلاً للغرر ، وقس على ذلك غيره .

قوله : (إلا إذا كان شراء ذلك للتجارة) استثناء من وجوب بيان النوع والصنف في جميع ما ذكر .

قوله : (فلا يشترط ذكر شيء من ذلك) أي : النوع وغيره .

قوله : (بل يكفي : أشتري ما شئت من العروض كالتراض) ظاهره : أنه لو غلب في محل التجارة التي يريد الموكل الربح في شيء دون غيره . . أنه يتخير ، وفيه نظر ، بل يتعين أن يشتري الأحظ ؛ لأنه يلزمه التصرف به ، ولا يحتاج لذكر الموكل له ؛ اغتناء عنه بهذا الإلزام الشرعي . انتهى « حاشية الفتح »^(٢) .

قوله : (ولو وكله في تزويج امرأة اشترط تعيينها) أي : ولا يكفي بكونها تكافئه ؛ لأن الغرض يختلف مع وجود وصف المكافأة كثيراً .

قوله : (إلا أن يقول الزوج : من شئت) أي : كأن يقول : زوجني من شئت . . فإنه يصح ، والفرق بينه وبين (تزويج لي امرأة) حيث لا يصح : أن هذا مطلق فلا دلالة على فرد ، بخلاف الأول فإنه عام ودلالته على أفرادها ظاهرة ، وظاهر هذا : صحة (أشتري من شئت) ، لكن فرق في « الفتح » بينهما بأن الشراء لا مخصص له عرفاً ، فلم يفد العموم فيه شيئاً ، بخلاف التزويج فإنه يتقيد بمن تكافئه ؛ أي : تليق به عرفاً فصار العموم فيه مخصوصاً ، وبخصوصه ينتفي الإبهام عنه ، قال : (وقولهم : « الكفاءة إنما تعتبر من جهة الزوجة » : محله في الكفاءة المشترطة لصحة

(١) تحفة المحتاج (٣٠٩/٥) .

(٢) حاشية فتح الجواد (٥٠٨/١) .

(الرُّكْنُ الرَّابِعُ : الإِجَابُ مِنَ الْمُوَكَّلِ كَوَكَّلْتُكَ) أَوْ أَنْبَتَكَ ، أَوْ بَع ، أَوْ طَلَّقَ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ فِي التَّصَرُّفِ (وَلَا يَشْتَرِطُ الْقَبُولُ بِاللَّفْظِ) لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ وَرَفْعُ حَجَرٍ كِإِبَاحَةِ الطَّعَامِ ، فَاشْتَرِطَ عَدَمُ الرَّدِّ فَقَطْ

العقد ، أما مطلق التكافؤ . . . فيعتبر في المرأة ؛ ويؤيد ذلك قولهم : لا يجوز لولي السفية أن يزوجه ممن لا تليق به ؛ كسريفة يستغرق مهر مثلها ماله (انتهى ، فليتأمل ^(١)) .

قوله : (الركن الرابع) أي : وهو آخر الأركان .

قوله : (الإيجاب من الموكل) أي : كما في سائر العقود ؛ لأن الوكالة إثبات حق [السلطنة] والتصرف للوكيل ، والشخص ممنوع من التصرف في مال غيره إلا برضاه ، وهو لا يحصل إلا بذلك .

قوله : (كوكلتك ، أَرَأَيْتَكَ ، أَوْ بَع ، أَوْ طَلَّقَ) خرج بالخطاب ، ومثله وكلت فلاناً : ما لو قال : وكلت كل من أراد بيع داري مثلاً . . فلا يصح ولا ينفذ تصرف أحد فيها بهذا الإذن ؛ لفساده .

نعم ؛ بحث السبكي صحة ذلك فيما لا يتعلق بعين الوكيل فيه [غرض] ؛ كوكلت كل من أراد بيع عبدي هذا .

قوله : (وغير ذلك مما يدل على الإذن في التصرف) أي : كأقمتك مقامي في كذا ، أو فوضت إليك ، أو أنت وكيل في ، سواء كان مشافهة أم كتابة أم رسالة أم إشارة أحرص مفهومة .

قوله : (ولا يشترط النبول باللفظ) أي : فيصح القبول بالرضا والفعل ، قال النووي : معناه : أن يتصرف فيما أذن له فيه ، فإذا تصرف . . تبين أن القبول حصل قبل التصرف ليكون بعد قبول الوكالة ، وإنما حصل القبول بالفعل ؛ لأنها أمر للوكيل ، وقبول الأمر امثاله ؛ وذلك يحصل بالتصرف كالوديعة ، وخالف بقية العقود كالهبة بأنها متضمنة لتمليك عين .

قوله : (لأنها) أي : الوكالة .

قوله : (إباحة ورفع حجر ؛ كإباحة الطعام) أي : فلا يتعين فيها القبول باللفظ ، وعليه : فلا يشترط في صحة الوكالة علم الوكيل بها ، فلو تصرف قبل علمه . . فكبيع مال مورثه ظاناً بحياته فبان ميتاً .

قوله : (فاشترط عدم الرد فقط) أي : ولو لم يتلفظ بما يدل على الرضا ، فلو رد الوكيل

نَعَمْ ؛ التَّوَكُّيلُ بِجُعْلٍ لَا بُدَّ مِنْ قَبُولِهِ لَفْظاً إِنْ كَانَ الْإِيجَابُ بِصِغَةِ الْعَقْدِ لَا الْأَمْرِ ، وَصَوْرَتُهُ : أَنْ يَكُونَ عَمَلُ الْوَكِيلِ مُضْبُوطاً ؛ لِأَنَّهَا بِالْجُعْلِ إِجَارَةٌ . (وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيلُهَا) - أَيِ : الْوَكَالَةِ - (بِشَرْطِ) كَإِذَا جَاءَ رَمْضَانُ .. فَقَدْ وَكَّلْتُكَ ،

الوكالة ؛ كَأَن قَالَ : لَا أَقْبِلُ ، أَوْ لَا أَفْعَلُ .. بَطَلَتْ ، فَإِنْ نَدِمَ بَعْدَ ذَلِكَ .. جَدَدَتْ لَهُ وَجوباً ؛ لِأَنَّهَا جَائِزَةٌ تَرْتَفِعُ فِي الدَّوَامِ بِالْفَسْخِ ، فَارْتِدَادُهَا بِالرَّدِّ فِي الْإِبْتِدَاءِ أَوَّلَى .

قوله : (نَعَمْ ؛ التَّوَكُّيلُ بِجُعْلٍ) بضم الجيم بوزن قفل : ما جعل له على عمله ، فالمراد به : الأجرة ، وهذا استدراك على عدم اشتراط القبول باللفظ .

قوله : (لَا بُدَّ مِنْ قَبُولِهِ لَفْظاً) أَيِ : وَلَا يَكْتَفَى بِالْفِعْلِ فِي قَبُولِ الْوَكِيلِ كَمَا فِي الْقَرَارِ ، قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ : بَلْ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ الْجُعْلَ فِيهَا مُسْتَحَقٌّ يَقِيناً عِنْدَ وَجُودِ الْعَمَلِ ، بِخِلَافِ الْقَرَارِ .

قوله : (إِنْ كَانَ الْإِيجَابُ بِصِغَةِ الْعَقْدِ لَا الْأَمْرِ) كَذَا فِي «التحفة» و«الفتح» و«حاشية الأسنى»^(١) ، وَفِي «النهاية» إسقاطه^(٢) ، وَاسْتَظْهَرَهُ (ع ش)^(٣) ، لَكِنْ اعْتَمَدَ الشَّيْخُ سُلْطَانُ مَا قَالَهُ الشَّارِحُ .
قوله : (وَصَوْرَتُهُ) أَيِ : صُورَةُ التَّوَكُّيلِ الْمَذْكُورَةُ .

قوله : (أَنْ يَكُونَ عَمَلُ الْوَكِيلِ^(٤) مُضْبُوطاً) أَيِ : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُضْبُوطاً وَعَمَلٌ .. فظاهر : أَنَّهُ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَحَقَّ أَجْرَةَ الْمُثَلِّ ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ طَامِعاً ؛ أَيِ : حَيْثُ لَمْ يَكُنْ عَالِماً بِالْفُسَادِ .
انتهى شرواني نقلاً عن السيد عمر^(٥) .

قوله : (لِأَنَّهَا بِالْجُعْلِ إِجَارَةٌ) أَيِ : فَلَا بُدَّ فِي صَحَّتِهَا مِنْ شُرُوطِ الْإِجَارَةِ ، وَمِنْهَا : كَوْنُ الْعَمَلِ مُضْبُوطاً .

قوله : (وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيلُهَا ؛ أَيِ : الْوَكَالَةِ بِشَرْطِ) أَيِ : مِنْ صِفَةِ أَوْ رَقَتْ ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ يَمْلِكُ بِهِ التَّصَرُّفُ فِي الْحَيَاةِ لَمْ يَبْنِ عَلَى التَّغْلِيلِ وَالسَّرَايَةِ وَيُؤْثِرُ فِيهِ الْجَهَالَةُ فَاشْبَهَ الْبَيْعَ وَالْقَرَارَ . « حواشي الروض »^(٦) .

قوله : (كَإِذَا جَاءَ رَمْضَانُ .. فَقَدْ وَكَّلْتُكَ) أَيِ : أَوْ إِذَا قَدِمَ زَيْدٌ .. فَقَدْ وَكَّلْتُكَ بِكَذَا ، أَوْ : أَنْتَ وَكَيْلِي .

(١) تحفة المحتاج (٣١١/٥) ، فتح الجواد (٥١١/١) ، حواشي الرملي على شرح الروض (٢٦٦/٢) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٨/٥) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢٨/٥) .

(٤) فِي الْأَصْلِ : (التَّوَكُّيلُ) ، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَثْبَتَ ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

(٥) حاشية الشرواني (٣١١/٥) .

(٦) حواشي الرملي على شرح الروض (٢٦٦/٢) .

ولا توقيتها كوكلتك شهراً (وَلَكِنْ لَوْ وُجِدَ) الشَّرْطُ أَوْ الْوَقْتُ الَّذِي عَيَّنَهُ لَهُ (. . صَحَّ تَصَرُّفُهُ) لمصادفته للإذن ، وكذا حيث فسدت الوكالة ينفذ تصرفه الموافق للإذن

قوله : (ولا توقيتها : كوكلتك شهراً) هذا وجه مرجوح ؛ ففي « التحفة » وغيرها واللفظ لها : (ويصح توقيتها ؛ كإلى شهر كذا فينزل بمجيئه ، وعجيب نقل شارح [هكذا] عن بحث لابن الرفعة مع كونه مجزوماً به في « أصل الروضة ») انتهى^(١) ، وفي « حاشية الأسنى » : (تصح الوكالة المؤقتة في الأصح ؛ كقوله : وكلتك في كذا شهر كذا . . . إلخ^(٢) ، ثم رأيت عبارته في « الفتح » هكذا : (ولا يصح تعليقها ؛ كإذا جاء كذا . . . فقد وكلتك ، ولا يضر تعليق التصرف فقط ؛ كبعه لكن بعد شهر ، ولا تأقيتها ؛ كوكلتك شهراً) انتهى^(٣) ، وهذا يحتمل عطفه على (تعليقها) فيكون ضعيفاً ، ويحتمل عطفه على (تعليق التصرف) ، وهو الأقرب ، فيكون جارياً على الأصح ، ولعل ههنا سقطاً ، فليحذر وليتأمل .

قوله : (ولكن لو وجد الشرط أو الوقت الذي عينه له) أي : للوكيل ؛ كقدوم زيد ، ومجيء رمضان .

قوله : (صح تصرفه) أي : الوكيل وإن حرم عليه ذلك على ما قاله جمع متقدمون واعتمده ابن الرفعة ، لكن استبعده آخرون ؛ لأنه ليس من تعاطي العقود الفاسدة ؛ لأنه إنما أقدم على عقد صحيح ؛ فلا يحرم عليه ذلك ، وهذا هو المعتمد ، قال في « الفتح » : (وإنما لم يجز للمشتري فاسداً التصرف مع تضمنه إذن البائع فيه ؛ لأن التصرف فيه يستدعي سبق ملك ولم يوجد ، وهنا يستدعي رضا المالك فقط وهو موجود وإن فسد العقد)^(٤) .

قوله : (لمصادفته للإذن) أي : الخالي عن المفسد ؛ كما لو وكله بالبيع وشرط له جعلاً فاسداً . فإن الوكالة فاسدة والبيع صحيح . « حواشي الروض »^(٥) .

قوله : (وكذا حيث فسدت الوكالة . . . ينفذ تصرفه الموافق للإذن) أي : ما لم يكن الإذن فاسداً كما سيأتي ، قال الشيخ برهان الدين : الإذن الواقع في ضمن عقد فاسد أربعة أقسام : أحدها : قطعوا باعتباره ، الثاني : قطعوا بعدم اعتباره ، الثالث : حكوا فيه خلافاً وجعلوا الراجع اعتباره ،

(١) تحفة المحتاج (٣١٢/٥) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٢٦٦/٢) .

(٣) فتح الجواد (٥١٢/١) .

(٤) فتح الجواد (٥١٣/١) .

(٥) حواشي الرملي على شرح الروض (٢٦٦/٢) .

حتى في النكاح كإذا انقضت عدة بتي . فقد وكلتك بتزويجها ، فزوج بعدها . نعم ؛ إن فسد الإذن . . لم ينفذ ؛ كوكلت من أراد بيع داري ، وكان قال قبل انقضاء العدة : وكلتك بتزويجها ، ووكلتك في كل شيء أو قليل أو كثير . وفائدة الصحة مع النفوذ في الفاسدة كما ذكر :

الرابع : حكوا فيه خلافاً وجعلوا الراجع عدم اعتباره ، وقد اشتمل كلام الرافعي على تمثيل الأقسام الأربعة ؛ فإنه قطع باعتباره فيما إذا قال : بع كذا على أن لك العشر من ثمنه . . فإنه يفسد ويصح البيع ، وقطع بعدم اعتباره في البيع الفاسد فإنه لا يجوز للمشتري التصرف ، ورجح صحة التصرف في الوكالة المعلقة ، ورجح عدم سقوط الوثيقة فيما إذا أبرأ المرتهن للجاني . انتهى « حواشي الروض »^(١) .

قوله : (حتى في النكاح . . .) إلخ ، كذا في « الفتح » و « التحفة »^(٢) ، ومر عن ابن قاسم عن ابن العماد خلافه .

قوله : (فزوج بعدها) أي : العدة .

قوله : (نعم ؛ إن فسد الإذن . . .) إلخ ، استدراك على قوله : (وكذا حيث . . .) إلخ .

قوله : (لم ينفذ) أي : تصرف الوكيل مطلقاً .

قوله : (كوكلت من أراد . . .) إلخ ، أمثلة للإذن الفاسد .

قوله : (وكان قال قبل انقضاء العدة : وكلتك بتزويجها) أي : بتي المعتدة ، ثم انقضت ،

قال في « الفتح » : (وإنما صح إذنها لوليها وهي محرمة وإذنه في نكح موليته وهو محرم إذا أطلق ؛ لأن مانع العدة لكونه متعلقاً بحق الله تعالى وحق الآدمي أقوى من مانع الإحرام ، فلم يقتض بطلان الإذن إلا عند ذكر المانع ؛ كالتزويج حال الإحرام ، بخلاف مانع العدة ، فلذا : أثر الإطلاق هنا ؛ لاحتماله المفسد في مثله) تدبر^(٣) .

قوله : (ووكلتك في كل شيء أو قليل أو كثير) أي : ووكلتك في بيع بعض أمواله ، أو بع هذا أو ذاك مما كثر فيه الغرر كما مر .

قوله : (وفائدة الصحة) أي : صحة الوكالة .

قوله : (مع النفوذ في الفاسدة) أي : مع نفوذ التصرف في الوكالة الفاسدة أيضاً .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٢/٢٦٧) .

(٢) فتح الجواد (١/٥١٢) ، تحفة المحتاج (٥/٣١١) .

(٣) فتح الجواد (١/٥١٣) .

لُزُومُ الْجُعْلِ الْمُسَمَّى بِالصَّحِيحِ ، وَإِلَّا .. فَأَجْرَةُ الْمَثَلِ ، كَمَا فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ . وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ :
(تَعْلِيْقُهَا) : تَعْلِيْقُ التَّصَرُّفِ ؛ كَوَكَلْتُكَ وَلَا تَتَصَرَّفُ إِلَّا إِنْ جَاءَ رَمَضَانُ .. فَالْوَكَالَةُ صَحِيحَةٌ
حِينَئِذٍ .

قوله : (لزوم الجعل المسمى بالصحیح) أي : استقرار الجعل المسمى في العقد بالتوكيل
الصحیح .

قوله : (وإلا .. فأجرة المثل) أي : وإن لم تصح الوكالة .. سقط الجعل المسمى ، ووجبت
أجرة المثل .

قوله : (كما في الإجارة الفاسدة) أي : فإنها توجب أجرة المثل ؛ وكما أن الشرط الفاسد في
النكاح يفسد الصداق المسمى ويوجب مهر المثل وإن لم يؤثر في النكاح .
قوله : (وخرج بقوله) أي : المصنف رحمه الله تعالى .

قوله : (تعلقها) أي : الوكالة .

قوله : (تعلق التصرف) أي : فقط ؛ بأن نجز الوكالة ، وشرط للتصرف شرطاً .

قوله : (كوكلتك) أي : ببيع هذا العبد مثلاً وإن لم يقل : الآن .

قوله : (ولا تتصرف إلا إن جاء رمضان) أي : أو ولا تبعه إلا بعد شهر مثلاً .

قوله : (فالوكالة صحيحة) أي : اتفاقاً كما في « التحفة » و « النهاية »^(١) .

قوله : (حينئذ) أي : حين إذ علق التصرف فقط .. فليس له التصرف إلا بعد مجيء رمضان .

قال في « التحفة » : (وبذلك يعلم : أن من قال لآخر قبل رمضان : وكلتك في إخراج
فطرتي ، وأخرجها في رمضان .. صح ؛ لأنه نجز الوكالة ، وإنما قيد بما قيد به الشارع ؛ فهو
كقول محرم : زوّج بنتي إذا أحللت ، وقول وليّ : زوّج بنتي إذا طلقت وانقضت [عدتها] ، وتكلف
فرق بين هذين ومسألتك بعيد جداً ، بخلاف : إذا جاء رمضان .. فأخرج فطرتي ؛ لأنه تعليق
محض ، وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق من أطلق الجواز ومن أطلق المنع ، وظاهر : صحة
إخراجه عنه حتى على الثاني ؛ لعموم الإذن كما علم مما تقرر^(٢) والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) تحفة المحتاج (٣١٢/٥) ، نهاية المحتاج (٢٩/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٣١٢/٥) .

(فَضْلٌ)

في أحكام الوكالة

(الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ) الْمَطْلُوقِ (لَا يَصِحُّ) بَيْعُهُ (إِلَّا بِنَقْدِ الْبَلَدِ) أَيِ : بِلَدِ الْبَيْعِ لَا التَّوَكِيلِ إِلَّا إِنْ تَعَدَّى بِنَقْلِهِ . . . فَلَا يَبِيعُهُ إِلَّا بِنَقْدِ بَلَدِ حَقِّهِ أَنْ يَبِيعَ فِيهَا ، فَإِنْ تَعَدَّدَ نَقْدٌ . . . فَالْأَغْلَبُ ، ثُمَّ الْأَنْفَعُ ، . .

قوله : (فصل : في أحكام الوكالة) أي : بعد صحتها .

اعلم : أن للوكالة أربعة أحكام :

الأول : الموافقة في تصرف الوكيل لمقتضى اللفظ الصادر من الدوكل عموماً وخصوصاً ، وإطلاقاً وتقييداً ، أو للقرينة الحالية أو المقالية ؛ فإنها قد تقوى فيترك إطلاق اللفظ [لها] .
والثاني : العهدة .

والثالث : الجواز من الجانبين .

والرابع : الأمانة ، وقد ذكرها على هذا الترتيب .

قوله : (الوكيل بالبيع المطلق) أي : بأن لم يقيد بشمن ولا حلول ولا تأجيل ولا نقد .

قوله : (لا يصح بيعه إلا بنقد البلد) أي : لدلالة القرينة العرفية عليه ، والمراد به : ما يتعامل به أهلها غالباً نقداً كان أو عرضاً ، وبحث جمع : أن محل ذلك إذا لم ينص بالبيع التجارة ، فإن قصدها . . صح البيع بغير نقد كما في القراض .

قوله : (أي : بلد البيع لا التوكيل) أي : على الظاهر كما قاله السبكي . « غرر »^(١) .

قوله : (إلا إن تعدى بنقله) أي : الموكل فيه ؛ بأن سافر الوكيل به إلى بلد بغير إذن وباعه فيه .

قوله : (فلا يبيعه إلا بنقد بلد حقه أن يبيع فيها) أي : وظاهر : أن المراد : أن حقه ذلك ؛ إما بالشرط إن عينت بلد ، وإلا . . فمحل عقد الوكالة إن كان صالحاً ، وإلا ؛ كبادية . . فهل يعتبر أقرب محل إليها ؟ فليتأمل ، قاله السيد عمر .

قوله : (فإن تعدد نقد) أي : في بلد البيع .

قوله : (فالأغلب) أي : فيبيعه بالنقد الأغلب فيه ، قال (ع ش) : (وإن كان غيره أنفع للموكل)^(٢) .

قوله : (ثم الأنفع) أي : ثم إن استويا . . باع بالأنفع للموكل ، قال (ع ش) : (وهذا ظاهر

(١) الغرر البهية (٥١٥/٥) .

(٢) حاشية الشيراملسي (٣١/٥) .

ثُمَّ يَتَخَيَّرُ . (وَلَا يَبِيعُ بِمَوْجَلٍ وَلَا بِغَبْنٍ فَاحِشٍ) بخلافه بغبن يسير عن ثمن المثل ؛ وهو : مَا يَتَغَابَنُ بِهِ ، ويحتمل في المعاملة عرفاً ؛ كبيع ما يساوي عشرة بتسعة ، بخلافه بثمانية ، ويختلف باختلاف مقادير الأموال ؛ فالواحد إن تسومح به في العشرة . . لا يُسَامَحُ بالعشرة في مئة ، ولا بمئة في ألف ، ولا بألف في عشرة آلاف ، فالوجه : اعتباره

إن تيسر من يشتري بكل منهما ، فلو لم يجد إلا من يشتري بغير الأنفع . . جاز البيع منه ؛ لأن الأنفع حينئذ كالمعدوم^(١) .

قوله : (ثم يتخير) أي : ثم إن استويا غلبة ونفعاً . . تخير الوكيل ، فإن باع بهما ولو في عقد واحد . . جاز كما نقلوه عن الإمام والغزالي .

قوله : (ولا يبيع) أي : الوكيل بالبيع المطلق

قوله : (بموَجَلٍ) أي : ثمن مؤجل ولو بأكثر من ثمن المثل ؛ لأن المعتاد غالباً الحلول مع الخطر في المؤجل ، وبحث في « التحفة » : أنه لو وكله وقت نهب . . جاز له البيع بموَجَلٍ للثقة الموسر إذا حفظ به^(٢) عن النهب ، وكذا لو قال له : بعه ببلد كذا أو سوق كذا وأهله لا يشترون إلا مؤجلاً وقد علم الوكيل أن لموكل يعلم ذلك . . فله البيع مؤجلاً حينئذ^(٣) .

قوله : (ولا بغبنٍ فاحشٍ) أي : ولا يصح بيعه بغبنٍ فاحش ؛ لأن النفوس تشح به .

قوله : (بخلافه بغبن يسير عن ثمن المثل) أي : فيصح بيعه به حيث لا راغب بتمام القيمة ، وإلا . . فلا يصح .

قوله : (وهو) أي : لغبن اليسير .

قوله : (ما يتغابن به ويحتمل في المعاملة عرفاً) أي : فالزائد عن هذا القدر يسمى غبناً فاحشاً ، وأما ثمن المثل . . فنهاية رغبات المشتري .

قوله : (كبيع ما يساوي عشرة بتسعة) أي : من الدراهم ، وهذا تمثيل للغبن اليسير .

قوله : (بخلافه بثمانية) أي : بخلاف بيع ما يساوي عشرة بثمانية فإنه لا يتغابن [به] ؛ لكثرة .

قوله : (ويختلف باختلاف مقادير الأموال) أي : فلا تعتبر النسبة في المثال المذكور .

قوله : (فالواحد إن تسومح . . إلخ ، هذا منقول عن ابن أبي الدم .

قوله : (فالوجه : اعتباره) أي : الغبن اليسير .

(١) حاشية الشبرايملي (٢١/٥-٣٢) .

(٢) في الأصل : (حفظه) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) تحفة المحتاج (٣١٥/٥-٣١٦) .

في كل ناحية يعرف أهلها المطرد عنهم ، ومتى خالف بشيء مما ذكر . . . سدد تصرفه ، وضمن قيمته يوم التسليم ولو مثلياً إن أقبض المشتري ، أمّا لو قيد بشيء . . . فيلزمه أن يتبعه فيه

قوله : (في كل ناحية يعرف أهلها المطرد عنهم) أي : بالمسامحة به ، ولو باع بضمن المثل وثم راغب موثوق به بزيادة لا يتغابن بمثلها . . لم يصح ؛ لأنه مأمور بالمصلحة ، ولو وجد الراغب في زمن الخيار . . فالأصح : أنه يلزمه الفسخ ، فإن لم يفعل . . انفسخ كما مر مثل ذلك في عدل الرهن ، ومحلّه كما قاله الأذري : إذا لم يكن الراغب ماطلاً ولا منجوهاً ، ولا ماله أو كسبه حرام . انتهى « مغني » (١) .

قوله : (ومتى خالف) أي : الوكيل بالبيع المطلق .

قوله : (بشيء مما ذكر) أي : بأن باع بغير نقد البلد أو بمؤجل أو بغبن فاحش .

قوله : (فسد تصرفه) أي : على المذهب ؛ فيسترد المبيع إن بقي ، وحينئذ له بيعه بالإذن السابق [قبض الثمن] ، ويده أمانة عليه .

قوله : (وضمن قيمته يوم التسليم ولو مثلياً) أي : لأنه للحيلولة . فلو تلف الموكل فيه بيد المشتري . . غرم الموكل من شاء من الوكيل والمشتري ، قال القليوبي : (وما يغرمه الوكيل للحيلولة فهو القيمة ولو في المثلي ، وما يغرمه المشتري للفيصولة ؛ وهو البذل الشرعي ، وكذا لو لم يتلف . . غرم كلاً منهما القيمة ولو مثلياً ؛ لأنها للحيلولة فيهما ، فإذا رد . . رجع من غرم منهما القيمة بها ، والمغروم في جميع ما ذكر قيمة واحدة ؛ إما من الوكيل ، أو المشتري ، لا نيمتان منهما . نعم ؛ يجوز أن يغرم كلاً منهما نصف القيمة مثلاً ، فراجع (٢) .

قوله : (إن أقبض المشتري) قيد للضمان ؛ وذلك لتعديده بتسليمه لمن لا يستحقه ببيع باطل ؛ فيسترده إن بقي ، وإلا . . فهو طريق ، وقرار الضمان على المشتري كما تقرر .

قوله : (أما لو قيد بشيء) أي : مما ذكر ، وهذا مقابل قوله : (بالبيع المطلق) .

قوله : (فيلزمه أن يتبعه فيه) أي : فيما قيد به الموكل ، ففي (بيع بم شئت ، أو تيسر) جاز له البيع بغير النقد ، لا بمؤجل ولا بغبن ؛ لأن (ما) للجنس ، أو (بعه كيف شئت) جاز بمؤجل فقط ؛ لأن (كيف) للصفة فشمّل الحال والمؤجل ، أو (بكم شئت) جاز بالغبن فقط ؛ لأن (كم) للعدد القليل والكثير ، أو (بما عز وهان) جاز غير المؤجل ؛ لأن (ما) للجنس ، فقرنها بما بعدها يشمل عرفاً القليل والكثير من نقد البلد وغيره .

(١) مغني المحتاج (٢/٢٩٠) .

(٢) حاشية قليوبي (٢/٣٤١) .

(وَلَا) يَبِيعُ (لِنَفْسِهِ وَلَا لِمَحْجُورِهِ) وَإِنْ أَدِنَ لَهُ مَوْكَلُهُ فِي ذَلِكَ ، وَقَدَّرَ لَهُ الثَّمَنَ ، وَنَهَاهُ عَنْ الزِّيَادَةِ ؛ لِلتَّهْمَةِ وَامْتِنَاعِ اتِّحَادِ الْمَوْجِبِ وَالْقَابِلِ وَإِنْ انْتَفَتِ التَّهْمَةُ . (وَلَا يُسَلِّمُ الْمَبِيعَ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ إِنْ كَانَ الْبَيْعُ حَالًا ، فَإِنْ خَالَفَ) شَيْئًا مِمَّا ذُكِرَ (وَضَمِنَ)

قوله : (ولا يبيع) أي : الوكيل بالبيع .

قوله : (لنفسه ولا لمحجوره) أي : من ولده الصغير أو المجنون أو السفه ، بخلاف غيرهما ؛ كأيّيه وولده الرنيد ، وكذا ولده الصغير الذي تحت حجر غيره ، فله البيع لوليه إن قدر الموكل الثمن ومنع الزيادة .

قوله : (وإن أدن له موكله في ذلك) أي : في البيع لنفسه ومحجوره .

قوله : (وقدر له الثمن ونهاه عن الزيادة) صرح البغوي والخوارزمي بخلافه في حق طفله ؛ للرضا بترك الاستقصاء ، واتحاد الموجب والقابل معهود في الجملة ، بخلافه في حق نفسه ، على أن ابن الرفعة بحث ذلك في حق نفسه إذا قدر مع ذلك الثمن ؛ لانتفاء التهمة ، لكن رده غيره بالمنع ؛ بدليل ما لو وكل ليهب نفسه . . فإنه لا يصح على الأصح وإن انتفت التهمة ؛ لاتحاد الموجب والقابل . انتهى « شرح البهجة » ^(١) .

قوله : (للتهمة) أي : لأن الوكيل متهم في ذلك بتعارض غرضي الاسترخاص لنفسه أو محجوره والاستقصاء للموكل ، وهذه علة قاصرة لما قبل الغاية .

قوله : (وامتناع اتحاد الموجب والقابل) أي : في البيع من نفسه ومن محجوره بغير جهة الأبوة ؛ لأن الأب إنما يتوآى الطرفين في معاملته لنفسه مع موليه أو لموليه ، وهنا ليس كذلك ؛ لأن المعاملة لغيره وهذه العلة شاملة لما قبل الغاية وما بعدها .

قوله : (وإن انتفت التهمة) أي : فإن سبب منع اتحاد الموجب والقابل ليست التهمة فحسب ، بل عدم انتظام الإيجاب وقبول من شخص واحد ، وخرج عن ذلك الأب لعارض فبقي من عداه على المنع ، تأمل .

قوله : (ولا يسلم) أي : الوكيل .

قوله : (المبيع حتى ينقض الثمن إن كان البيع حالاً) أي : لما في التسليم قبله من الخطر ، فلو تباع وكيلان . . أجبرا مطلناً كما في « العباب » أي : سواء كان الثمن معيناً أم في الذمة .

قوله : (فإن خالف شيئاً مما ذكر) أي : بأن سلم المبيع للمشتري قبل قبض الثمن .

قوله : (أثم وضمن) أي : لأنه مقصر بذلك ، هذا إذا سلمه مختاراً ، قال في « التحفة » :

ليغرم للحيلولة قيمة المبيع ولو مثلياً لتقصيره ، فأفهم كلامه : أنَّ له قبض الثمن حيث لم يئن عنه ، وهو كذلك ؛ لأنه من مقتضيات البيع
 (أما لو أجبره حاكم ؛ أي : أو متغلب فيما يظهر على التسليم قبل القبض . . فلا يضمن ، ثم رأيت الأذرعى قال : فإن أكرهه ظالم . . فكالوديعة فيضمن ، وعلى ما ذكرته فقد يفرق بأن للمكره هنا شبهة انتقال الملك ، وثم لا شبهة له بوجه) تأمل^(١) .

قوله : (ليغرم للحيلولة قيمة المبيع) أي : وإن كان الثمن أكثر منها ، فإذا غرمها ثم قبض الثمن . . دفعه إلى الموكل واسترد ما غرم ، كذا في « شرح المنهج »^(٢) ، قال (ع ش) : (ظاهره : وإن تساويا جنساً وقدرأ وصفة . . فلا يجوز له تبقيته والتصرف فيه ونو برضاها ، وفيه نظر ، والأقرب : أنهما حيث تراضيا بصيغة تفويض . . جاز ؛ لأنه بيع الدين لمنز هو عليه وهو جائز) .
 قوله : (ولو مثلياً) أي : سواء كان المبيع متقوماً أم مثلياً .

قوله : (لتقصيره) أي : الوكيل بالمخالفة المذكورة ؛ تعليل للضمان .
 قوله : (فأفهم كلامه) أي : المصنف رحمه الله تعالى حيث قال : (حتى يقبض الثمن . . .) إلخ ، والأولى للشارح : الواو بدل الفاء ، تأمل .

قوله : (أن له قبض الثمن) أي : الحال^(٣) ، بخلاف المؤجل وإن حل إلا بإذن جديد ، قال جمع : أو دلت قرينة ظاهرة ؛ كأن أذن له في السفر لبلد بعيد والبيع فيها بدؤجل .
 قوله : (حيث لم يئن عنه) أي : حيث لم يئن الموكل عنه ، فإن نهاه عنه . . لم يجز له قبضه .
 قوله : (وهو كذلك) أي : جواز قبض الثمن له في الأصح كما في « المنهاج »^(٤) ، ثم يسلم المبيع للمشتري ؛ لأنه صار ملكه ولا حق يتعلق به .

قوله : (لأنه من مقتضيات البيع) أي : من توابعه ، ولو قال له : امنع المشتري من المبيع . . فسدت الوكالة ؛ لأن منع الحق عمن يستحق إثبات يده عليه حرام ، ويصح البيع بالإذن ، وإن قال : لا تسلم المبيع له . . لم تفسد لأنه لم يمنعه من أصل التسليم المستحق ، بل من تسليمه بنفسه ، وبهذا فرق بين هذه وما قبلها ، فيسلم الموكل المبيع للمشتري عن الوكيل في الصورتين . انتهى « مغني »^(٥) .

(١) تحفة المحتاج (٣٢١/٥) .

(٢) فتح الوهاب (٢٢٠/١) .

(٣) في الأصل : (الحال للمشتري) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٢٧٤) .

(٥) مغني المحتاج (٢٩١/٢) .

(وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ) معيّن أو موصوف (. . لَا يَشْتَرِي مَعِيّاً) لَأَنَّهُ لَا مَصْلَحَةَ فِيهِ ؛ (فَإِنْ اشْتَرَاهُ) عالمّاً بعيبه . . لم يقع للموكل وإن تساوى الثمن إلا إذا عيّنه وعلم بعيبه ، وإذا لم يقع له وكان الشراء بعين ماله . . بطل الشراء ، وإلا . . وَقَعَ للوكيل ،

قوله : (وإذا وكله في شراء شيء) أي : من ثوب أو حيوان أو غيرهما .

قوله : (معيّن أو موصوف) أي : كما اقتضاه كلام الشيخين وإن جهل الموكل عيب المعين ، ومنع بعضهم إجراء الأقسام الآتية . . غير صحيح .

قوله : (لا يشتري معيّاً) أي : لا ينبغي له ؛ لما سيأتي من الصحة المستلزمة للحل غالباً في أكثر الأقسام ، كذا في « التحفة » و « النهاية »^(١) ، قال (ع ش) : (احترز بأكثر الأقسام عما لو اشترى بالعين وكان عالمّاً بعيبه . . فإنه لا يقع لواحد منهما ويحرم ؛ لتعاطيه عقداً فاسداً)^(٢) .

قوله : (لأنه لا مصلحة فيه) أي : في شراء المعيب للموكل ، والإطلاق يقتضي السلامة ، وإنما جاز لعامل القراض شراؤه ؛ لأن القصد منه الربح ، وقد يكون في المعيب ، وأخذ منه : أنه لو كان القصد هنا الربح . . جز له شراؤه .

قوله : (فإن اشتراه) أي : الوكيل الشيء المعيب .

قوله : (عالمّاً بعيبه) أي : حال كون الوكيل عالمّاً بعيبه ذلك .

قوله : (لم يقع للموكل) أي : لأنه غير مأذون فيه عرفاً .

قوله : (وإن تساوى الثمن) أي : ثمن السليم والمعيب ، بل وإن زاد المعيب على ما اشتراه به كما في « التحفة » وغيرها^(٣) .

قوله : (إلا إذا عينه وسلم بعيبه) أي : علم الموكل بعيبه . . فإنه يقع له .

قوله : (وإذا لم يقع له) أي : لم يقع الشراء للموكل ؛ لكونه لم يعينه أو لم يعلم بعيبه .

قوله : (وكان الشراء بعين ماله) أي : الموكل .

قوله : (بطل الشراء) أي : لتقصير الوكيل مع شرائه بما ذكر .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يكن الشراء بعين مال الموكل ؛ بأن كان بمال الوكيل أو ثمن في

الذمة .

قوله : (وقع للوكيل) يعني : لم يبطل الشراء ، ولكن وقع الشراء ، للوكيل لا للموكل .

(١) تحفة المحتاج (٣٢١/٥) ، نهاية المحتاج (٣٧/٥) .

(٢) حاشية الشبراملي (٢٧/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٢١/٥) .

أو (جاهلاً) بعيه (. . صَحَّ) شراؤه وإن لم يساو الثمن ؛ لعذره وتمكُّن الاستدراك بالردِّ ، بخلافه بالغبن ؛ إذ لا ردَّ به (وَكَانَ لَهُ رَدُّهُ) كموكله ؛ لأنَّه المالكُ ، والوكيل نائبه في العقد وتوابعه . نعم ؛ مَنْ رضي منهما به . . فلا ردَّ له ، وكذا لا ردَّ للوكيل إن رضي موكِّله

قوله : (أو جاهلاً بعيه) أي : أو اشترى الوكيل المعيب حال كونه جاهلاً بعيه ، فهو معطوف على قوله : (عالماً بعيه) .

قوله : (صحَّ شراؤه) أي : ووقع للموكل ؛ كما لو اشتراه بنفسه جاهلاً .
نعم ؛ لو نص له على السليم . . لم يقع للموكل كما قال الأسنوي : إنه الوجه ؛ لأنه غير مأذون فيه .

قوله : (وإن لم يساو الثمن) أي : وإن لم يساو المبيع الثمن .
قوله : (لعذره) أي : لأنه غير مقصر بذلك ؛ لجهله ، ولا خلل من جهة اللفظ ؛ لإطلاقه .
قوله : (وتمكن الاستدراك بالرد) أي : فلا ضرر على المالك .
قوله : (بخلافه بالغبن ؛ إذ لا رد به) أي : ففارق ما ذكر عدم صحه بيعه بالغبن الفاحش ؛ بأن الغبن لا يثبت الخيار فيتضرر الموكل .
قوله : (وكان له رده كموكله) أي : فيجوز لكل منهما الرد للمبيع ، وكذا لكل منهما الرد بالعيب الطارئ قبل القبض .

قوله : (لأنه المالك) أي : لأن الموكل هو المالك والضرر لاحق به ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (نعم ؛ شرط رده على البائع أن يسميه الوكيل في العقد أو ينويه ويصدقه البائع ، وإلا . . رده على الوكيل)^(١) ، قال الحلبي : (وله الرد على البائع وخياره على الفور ، ولا يغتفر مراجعته للموكل ؛ لأنه مستقل) .

قوله : (والوكيل نائبه في العقد وتوابعه) أي : ولأننا لو لم نجوز الرد له . . فقد لا يرضى الموكل ، فيتعذر الرد لكونه فورياً ، ويبقى للوكيل فيتضرر به .

قوله : (نعم ؛ من رضي منهما به) أي : من الموكل والوكيل بالمعيب .
قوله : (فلا رد له) لأن رضاه مسقط لخياره .

قوله : (وكذا لا رد للوكيل إن رضي موكله) أي : أو قصر في الرد والشراء فيهما لمعين أو موصوف بثن في الذمة ؛ لأنه المالك ، فالمعتبر رضاه ، بخلاف ما إذا رضي وكيل أو قصر . .

(وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ) أي : الموكَّل ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِغَيْرِهِ (إِلَّا إِذَا كَانَ) ما وُكِّلَ فِيهِ (لَا يَلِيقُ بِهِ) تعاطيه (أَوْ لَا يُحْسِنُهُ ، أَوْ وَكَّلَهُ فِي شَيْءٍ كَثِيرٍ لَا يُمَكِّنُهُ الْإِثْنَانُ بِجَمِيعِهِ)

فلا يعتبر ، بل للموكل الرد ؛ لبقاء حقه إن سماه الوكيل أو نواه وصدقه البائع ، وإلا . . رده على الوكيل فيقع له ؛ لأن الشراء في الذمة ولم يأذن فيه الموكل . انتهى « فتح الجواد »^(١) ، ومر عن « التحفة » و« النهاية » نحوه .

قوله : (وليس للوكيل أن يوكل) أي : غيره .

قوله : (بغير إذنه ؛ أي : الموكل) أي : فإن كان بإذنه . . جاز ، وحيث وكل بالإذن . . فالثاني وكيل الموكل ، فلا يعزله اوكيل ؛ لأن الموكل أذن له في التوكيل لا في العزل . نعم ؛ إن قال : وكل عنك ففعل . . فالثاني وكيل الوكيل ؛ لأنه مقتضى الإذن فيعزل بعزله وانعزاله .

قوله : (لأنه لم يرض بغيره) أي : بتصرف غير الوكيل ولا ضرورة ؛ كالمودع لا يودع ، قال في « التحفة » : (نعم ؛ لو وكله في قبض دين فقبضه وأرسله له مع أحد من عياله . . لم يضمن كما قاله الجوري ، وقيد الأذرع المرسل معه بكونه أهلاً للتسليم ؛ أي : بأن يكون رشيداً ، وكأن وجه اغتفار ذلك في عياله - والي يظهر : أن المراد بهم : أولاده ومماليكه وزوجاته - : اعتياد استنابتهم في مثل ذلك ، بخلاف غيرهم ، ومثله إرسال نحو ما اشتراه له مع أحدهم) انتهى^(٢) ، واعتمد الرملي خلاف قول الجوري في ذلك^(٣) .

قوله : (إلا إذا كان ما وكل فيه لا يليق به) أي : الوكيل .

قوله : (تعاطيه) أي : الموكل فيه ، قال في « التحفة » و« النهاية » : (أو يشق عليه تعاطيه مشقة لا تحتمل عادة كما هو ظاهر)^(٤) .

قوله : (أو لا يحسنه) أي : أصلاً ، أما إذا أحسنه لكن كان غيره فيه أحذق منه . . لم يجز التوكيل ؛ لأن الموكل لم يرض بيد غيره . (ع ش)^(٥) .

قوله : (أو وكله في شيء كثير لا يمكنه الإثنيان بجميعه) أي : بأن عجز الوكيل عن الإثنيان

(١) فتح الجواد (١/٥١٦) .

(٢) تحفة المحتاج (٥/٣٢٣) .

(٣) نهاية المحتاج (٥/٣٨) .

(٤) تحفة المحتاج (٥/٣٢٣) ، نهاية المحتاج (٥/٣٩) .

(٥) حاشية الشيرازي (٥/٣٩) .

فَيُوكَّلُ فِيهَا) أَي : مَا لَا يَلِيقُ بِهِ وَمَا لَا يَحْسُنُهُ وَمَا زَادَ عَلَى طَاقَتِهِ دُونَ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَا يُوكَّلُ الْوَكِيلُ عَنْ نَفْسِهِ بَلْ عَنْ مَوْكَلِهِ مَعَ الْعِلْمِ ؛ إِذْ تَفْوِضُ مِثْلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ إِنَّمَا يُقْصَدُ بِهِ الْإِسْتِنَابَةُ . وَمِنْ ثَمَّ لَوْ لَمْ يَعْلَمْ الْمَوْكَلُ بِحَالِهِ

بكله ، قال في « المغني » : (هل المراد بـ « العجز » : ألا يتصور القيام بالجميع مع بذل المجهود ، أو أنه لا يقوم به إلا بكلفة عظيمة ؟ فيه وجهان في « النهاية » و « البسيط » ، أظهرهما : الثاني ؛ كما يؤخذ من كلام مجلي في « الذخائر » ^(١) .

قوله : (فيوكل فيها) أي : جوازاً ولو بغير إذن الموكل .

قوله : (دون ما زاد على ذلك) أي : وهو ما يليق به وما يحسنه وما يمكنه الإتيان به ، فلا يجوز التوكيل فيه ؛ لأن الموكل لم يرض بتصرف غيره ، ولا ضرورة ؛ فإن قرينة العجز إنما تدل على التوكيل فيما يقدر على التصرف فيه دون ما لا يقدر عليه ، وإذا كان كذلك .. أبقى اللفظ على مقتضاه في المقدور عليه ، وصرف عن مقتضاه في المعجوز عنه ؛ لأجل القرينة الدالة عليه ، تأمل .

قوله : (ولا يوكل الوكيل) أي : في الصور المذكورة .

قوله : (عن نفسه ، بل عن موكله) أي : فإن وكل عن نفسه .. بطل على الأصح ، أو أطلق .. وقع عن موكله . « حاشية الروض » ^(٢) .

قوله : (مع العلم) هذا تقييد لجواز التوكيل فيما ذكر ، وعبارة « الفتح » عقيب التعليل الآتي : (وقضيته : أنه لا بد من علم الموكل بحاله ، وإلا .. لم تجز الاستنابة ، وهو كذلك) انتهى ^(٣) .

قوله : (إذ تفويض مثل ذلك إليه) تعليل للجواز المذكور .

قوله : (إنما يقصد به الاستنابة) يعني : لا يقصد عين الوكيل فقط ، وإلا .. فله أن يتصرف لو تكلف المشقة ، أو قدر على التصرف ولو بعد التوكيل ، وبه يندفع ما لبعضهم ، تدبر .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل هذا التعليل .

قوله : (لو لم يعلم الموكل بحاله) أي : من أنه لا يليق به تعاطيه أو لا يحسنه أو لا يطيق به إلا بكلفة عظيمة ، قال في « التحفة » : (أو اعتقد خلاف حاله) ^(٤) .

(١) مغني المحتاج (٢٩٣/٢) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٢٧٠/٢) .

(٣) فتح الجواد (٥٠٩/١) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٢٣/٥) .

لم يَجْزْ لَهُ الْإِسْتِنَابَةُ كَمَا لو طرأ له الْعَجْزُ بَعْدَ التَّوَكُّلِ ، ويلزمه أَلَّا يُوَكَّلَ إِلَّا أَمِيناً ما لم يَعيِّنِ الْمُوَكَّلُ غَيْرَهُ مَعَ عِلْمِ الْمُوَكَّلِ بِحَالِهِ أَوْ يَقُولُ لَهُ : وَكَّلْتُ مَنْ شِئْتُ . (وَأَحْكَامُ الْعَقْدِ ؛)

قوله : (لم يَجْزْ لَهُ الْإِسْتِنَابَةُ) أي : كما أفهمه كلام الرافي^(١) ، واستظهره الأسنوي ، قال (ع ش) : (ولو فعله .. لم يصح ، وإذا سلم .. ضمن)^(٢) .

قوله : (كما لو طرأ له) أي : للوكيل .

قوله : (العجز بعد التوكيل) أي : كأن وكله فيما يمكنه عادة ، ولكنه طرأ له عجز عنه بسفر أو مرض .. فإنه يمتنع عليه التوكيل ؛ لما مر : أن الموكل لم يرض بتصرف غيره ، قال في « النهاية » : (فإن كان التوكيل في حال علمه بسفره أو مرضه .. جاز له ذلك) انتهى^(٣) .

قوله : (ويلزمه) أي : الوكيل فيما إذا جاز له التوكيل عنه أو عن الموكل .

قوله : (ألا يوكل إلا أميناً) أي : فيه كفاية لذلك التصرف وإن عين له الثمن والمشتري ؛ لأن الاستنباط عن الغير شرطها المصلحة .

قوله : (ما لم يعين الموكل غيره) أي : غير الأمين فيتبع تعيينه ؛ لإذنه فيه .

قوله : (مع علم الموكل بحاله) أي : فإن علم الوكيل فسقه دون الموكل .. لم يوكله على الأوجه ؛ كما لا يشتري ما عينه الموكل ولا يعلم عيبه والوكيل يعلمه ، أو عين فاسقاً فزاد فسقه .. لم يَجْزْ له توكيله على الأوجه أيضاً . « تحفة »^(٤) .

قوله : (أو يقول له : وكل من شئت) عطف على (يعين) ، فالأصوب : (أو يقل) ، ثم رأيت عبارة « الفتح » كذلك^(٥) ، فإن قال ما ذكر .. جاز للوكيل توكيل غير الأمين ، قال في « الفتح » : (على الأوجه ؛ كما لو قالت لوليها : زوجني ممن شئت .. فله تزويجها من غير الكفء أيضاً ، والفرق بينهما خيال لا يعول عليه) انتهى^(٦) ، وقد اعتمد الرملي والخطيب وغيرهما الفرق^(٧) .

قوله : (وأحكام العقد ...) إلخ ، لهذا شروع في الحكم الثاني ؛ وهو العهدة .

(١) الشرح الكبير (٢٣٦/٥)

(٢) حاشية الشبرايملي (٣٩/٥) .

(٣) نهاية المحتاج (٣٩/٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٢٤/٥) .

(٥) فتح الجواد (٥١٠/١) .

(٦) فتح الجواد (٥١٠/١) .

(٧) نهاية المحتاج (٤١/٥) : مغني المحتاج (٢٩٤/٢) .

كَالرُّؤْيَةِ) وَالْخِيَارِ ، وَالتَّقَابُضِ ، وَالتَّفَرُّقِ فِي نَحْوِ الْبَيْعِ (تَتَعَلَّقُ بِالْوَكِيلِ) فَقَطْ ؛ لِأَنَّهُ الْعَاقِدُ حَقِيقَةً ، فَلَهُ الْفَسْخُ بِخِيَارِ الْمَجْلِسِ وَالشَّرْطِ - وَإِنْ أَجَازَ الْمُوَكَّلُ - لِإِنْطِثِهِ بِاسْمِ الْعَاقِدِ . (وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ بِثَمَنِ فِي الذِّمَّةِ . طَالَبَ الْبَائِعُ مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَكِيلِ) وَإِنْ أَنْزَلَ (وَالْمُوَكَّلُ) إِنْ صَدَّقَ الْبَائِعُ الْوَكِيلَ فِي وَكَالَتِهِ

اعلم : أن الملك للمبيع ونحوه في عقد الوكيل يقع ابتداء للموكل ؛ كما في شراء الأب لطفله ، وكما أن الدية في الخطأ وشبه العمد تجب على الجاني ابتداء ثم تتحملها العاقلة ، ولأنه لو وقع للوكيل ابتداء . . لعنق عليه أبوه إذا اشتراه لموكله ولا يعتق قطعاً .

قوله : (كالرؤية والخيار والتقابض والتفرق) أمثلة لأحكام العقد .

قوله : (في نحو البيع) أي : كالشراء والاستجار مما يقبل الوكالة .

قوله : (تتعلق بالوكيل فقط) أي : دون الموكل فإنها لا تتعلق به .

قوله : (لأنه العاقد حقيقة) لتعلق أحكام العقد بالوكيل .

قوله : (فله) أي : يجوز للوكيل .

قوله : (الفسخ بخيار المجلس والشرط وإن أجاز الموكل) أي : بخلاف خيار العيب حيث

لا رد للوكيل إذا رضي به الموكل ؛ لأنه لدفع الضرر عن المالك ، وليس منوطاً باسم المتعاقدين .

قوله : (لإناطته باسم العاقد) أي : فإن خيار المجلس المقيس به خيار الشرط منوط به في

خبر : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »^(١) ، قال في « حاشية الروض » : (إذ خيار المجلس حريم

العقد جعله الشرع بمنزلته في كثير من الأحكام ، والعقد لا يقبل التبعض ؛ فلذلك اختص حكم

المجلس بمتولي العقد وإن كان موكله معه ، ولا كذلك الرد بالعيب ؛ فنه خارج عن العقد منقطع

عنه يكون بعد تمامه ، فلا عذر في إثباته لغير العاقد) تأمل^(٢) .

قوله : (وإذا اشترى الوكيل بثمن في الذمة) أي : بأن لم يعين الثمن

قوله : (طالب البائع) أي : بالثمن .

قوله : (من شاء من الوكيل وإن انعزل) أي : ولو بعزل الموكل له ؛ مما سيأتي .

قوله : (والموكل) أي : لأنه المالك .

قوله : (إن صدق البائع الوكيل في وكالته) قيد لجواز مطالبة الموكل فقط ، أما لو كذبه البائع

(١) أخرجه البخاري (٢٠٧٩) ، ومسلم (١٥٣٢) عن سيدنا حكيم بن حزام رضي الله عنه .

(٢) حواشي الرمي على شرح الروض (٢٧٧/٢) .

وإن لم يكن الثمن في يده ، ولا صرح بالسفارة حال العقد ، وكذا يطالب الوكيل إذا قبض الثمن من الموكل ؛ سواء اشترى بعينه أم في الذمة ، فإن لم يقبضه منه . . لم يطالبه إن كان معيناً ، وإنما طُلب الوكيل ؛ لأنه نائب مباشر ، فهو كالضامن

فيها أو قال : لا أدري أهو وكيل أم لا ؟ فيطالبه فقط ؛ لأن العقد وقع معه . . فالظاهر : أنه يشتري لنفسه .

قوله : (وإن لم يكن الثمن في يده) أي : الوكيل ؛ بأن لم يضع يده عليه .
قوله : (ولا صرح بالسفارة حال العقد) أي : لأن العقد وإن وقع للموكل لكن الوكيل هو الذي أوقع العقد ؛ فلذا جوزنا مطالبتهما ، وقيل : إن صرح بالسفارة . . لم يطالب ، وبه جزم الإمام ؛ كما لو قبل نكاح امرأة لرجل . . لا يصير ملتزماً للمهر ، قال السبكي : والأول هو المشهور . انتهى « أسنى »^(١) .

قوله : (وكذا يطالب الوكيل) أي : يطالبه البائع بالثمن .
قوله : (إذا قبض الثمن من الموكل) أي : بأن دفعه إليه الموكل وقبضه .
قوله : (سواء اشترى بعينه أم في الذمة) أي : لأن أحكام العقد تتعلق به والعرف يقتضيه ، وله - أي : البائع - مطالبة الموكل ، والظاهر : أن له ذلك وإن أمره الموكل بالشراء بعين ما دفعه إليه ؛ بأن يأخذه من الوكيل ويسلمه للبائع . « أسنى »^(٢) .

قوله : (فإن لم يقبضه منه) أي : لم يقبض الوكيل الثمن من الموكل .
قوله : (لم يطالبه إن كان معيناً) أي : الثمن معيناً ؛ لأنه ليس في يده وحق البائع مقصور عليه ، قال ابن قاسم : (في عدم المطالبة نظر ؛ حيث أنكر وكالته ، وأن المعين ليس له ، بل الوجه : المطالبة حينئذ)^(٣) .

قوله : (وإنما طُلب الوكيل) أي : بالثمن ، لهذا توجيه ، وتعليل المطالبة في صورتين السابقتين .

قوله : (لأنه نائب مباشر) أي : للعقد فجاز مطالبته بما يترتب عليه .
قوله : (فهو) أي : الوكيل .
قوله : (كالضامن) أي : في جواز مطالبته ، والبائع كالمضمون له .

(١) أسنى المطالب (٢٧٧/٢) .

(٢) أسنى المطالب (٢٧٧/٢) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التبعة (٣٣٥/٥) .

كَمَا قَالَ : (وَيَكُونُ الْوَكِيلُ كَالضَّامِنِ) بِالْإِذْنِ ، وَالْمُوَكَّلُ كَالْأَصِيلِ فِي أَحْكَامِهَا السَّابِقَةِ فِي الضَّامِنِ . (وَتَنْفَسَخُ الْوَكَالَةُ بِفَسْخِ أَحَدِهِمَا ، وَبِمَوْتِهِ ، وَجُنُونِهِ ، وَإِغْمَائِهِ) بِقِيْدِهِ السَّابِقِ فِي الشَّرْكَةِ ، وَبِالْحَجْرِ عَلَيْهِ لِسْفِهِ ، أَوْ فُلْسٍ ، أَوْ رِقٍّ

قوله : (والموكل كالأصيل) أي : المضمون عنه .

قوله : (في أحكامها السابقة في الضمان) أي : فلا يرجع الوكيل على الموكل إلا بعد غرمه وبعد إذنه له في الأداء إن دفع إليه ما يشتري به وأمره بتسليمه في الثمن ، وإلا . . فالوكالة تكفي عن الإذن كما مرت الإشارة إليه ، وعليه يحمل قول « الأنوار » : (وإذا غرم الوكيل . . رجع على الموكل كالضامن بالإذن) كذا في « الأسنى »^(١) ، قال (سم) : (وحاصله : أنه إن لم يدفع إليه شيئاً . . رجع ؛ لأن الوكالة تتضمن الإذن ، وإن دفع : فإن لم يأمره بتسليمه . . فكذا ، وإلا . . لم يرجع إلا إن أذن له في الأداء على المعتمد)^(٢) .

قوله : (وتنفسخ الوكالة . .) إلخ ، هذا شروع في بيان الحكم الثالث .

اعلم : أن الوكالة ولو بجعل جائزة من الجانبين ؛ أما الموكل . . فلائذ قد يرى المصلحة في ترك ما وكل فيه أو في توكيل آخر ، وأما الوكيل . . فلائذ قد لا يتفرغ فيكون اللوم مضراً بهما .
قوله : (بفسخ أحدهما) أي : الموكل والوكيل ، فترتفع الوكالة حالاً بعزل أحدهما ؛ بأن يعزل الوكيل نفسه أو يعزله الموكل سواء كان بلفظ العزل أم لا ؛ كفسخ الوكالة ، أو أبطلتها ، أو رفعتها .
قوله : (وبموته وجنونه) أي : الأحد وإن لم يعلم الآخر به ولو قصرت مدة الجنون ؛ لأنه لو قارن منع الانعقاد ؛ فإذا طرأ . . أبطله .

قوله : (وإغمائه بقيد السابق في الشركة) أي : بأن كان زمنه أكثر مما بين الصلاتين ، واختير عدم الانفساخ بالإغماء مطلقاً ؛ لأنه لم يلحق بمن يولى عليه ، وعلى الأول : يستثنى وكيل رمي الجمار فإنه لا ينعزل بإغماء الموكل ؛ لأنه زيادة في عجزه المشترك لصحة الإنابة ، قال في « المغني » : (ومن الواضح : أنه لا ينعزل بالنوم وإن خرج به عن أهلية التصرف)^(٣) .

قوله : (وبالحجر عليه) أي : وتنفسخ الوكالة بالحجر على أحدهما .

قوله : (لسفه أو فلس أو رق) أي : بأن طرأ نحو السفه عليه فحجر به ، وصورته في الرق : أن يوكل نحو الحربي فاسترق .

(١) أسنى المطالب (٢٧٧/٢) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣٣٥/٥ - ٣٣٦) .

(٣) مغني المحتاج (٣٠١/٢) .

فِيمَا لَا يَنْفِذُ فِيهِ ، وَبُفْسَقَ فِيمَا الْعَدَالَةُ شَرْطُ فِيهِ ، وَبِزَوَالِ مِلْكِ الْمُوَكَّلِ عَمَّا وَكَّلَهُ فِيهِ ، فَلَوْ بَاعَهُ الْمُوَكَّلُ ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ بِنَحْوِ عَيْبٍ . . . لَمْ يَبْعُهُ الْوَكِيلُ ثَانِيًا إِلَّا بِإِذْنِ جَدِيدٍ ، وَبِزَوَالِ مَنْفَعَتِهِ الَّتِي يَمْلِكُهَا عَنْهُ ؛ كَالْإِجَارَةِ ، وَالرَّهْنِ مَعَ الْقَبْضِ ، وَتَزْوِيجِ الْأَمَةِ لَا الْعَبْدِ

قوله : (فيما لا ينفذ فيه) أي : لزوال الأهلية بذلك فيه ، وعلم من هذا القيد : أن محل الانفساخ بحجر الفلّس بالنسبة للموكل لا للوكيل .

نعم ؛ يتصور فيه بأن يוכל في شراء بعين من أعيان ماله ، ثم قبل الشراء يحجر عليه بالفلس فينعزل ؛ لأن ذلك إما قرض أو هبة ، وهو ممنوع منهما ، تأمل .

قوله : (وبفسق فيما العدالة شرط فيه) أي : وتنفسخ الوكالة بفسق فيما . . . إلخ ؛ لزوال الأهلية أيضاً ، قال في « المنتح »^(١) : (لا بإحرام وإن زالت أهليته)^(٢) .

قوله : (وبزوال ملك الموكل عما وكله فيه) أي : وتنفسخ أيضاً به ؛ لاستحالة بقاء الولاية والحالة هذه ؛ وذلك كأن أعتق أو باع أو وقف ما وكل في بيعه أو إعتاقه .

قوله : (فلو باعه الموكل ثم عاد إليه) أي : إلى الموكل .

قوله : (بنحو عيب) ي : كفسخ ، والخيار للمشتري كما مر .

قوله : (لم يبعه الوكيل ثانياً إلا بإذن جديد) أي : لزوال ملك موكله عن المبيع [بيعه] المذكور . « حاشية الروض »^(٣) .

قوله : (وبزوال منفعه) أي : وتنفسخ الوكالة أيضاً بزوال منفعة الموكل فيه (التي يملكها) الموكل .

قوله : (عنه) متعلق بـ (زوال) ، والضمير للملك .

قوله : (كالإجارة) أي : كالإجارة الموكل فيه ، قال في « حاشية الروض » : (وإن جاز بيع المؤجر ؛ لأن مريد البيع لا يؤجر غالباً ؛ لقلة الرغبات)^(٤) .

قوله : (والرهن مع القبض) أي : والوصية والتدبير وتعليق العتق بصفة أخرى والكتابة ؛ لإشعار فعل واحد من هذه بالندم على التصرف .

قوله : (وتزويج الأمة لا العبد) كذا في « الفتاح »^(٥) ، وهو خلاف ما اعتمده في « التحفة » :

(١) في الأصل : (التحفة) ، لعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) فتح الجواد (٥٢١ / ١) .

(٣) حواشي الرمل على شرح أروض (٢٨٠ / ٢) .

(٤) حواشي الرمل على شرح أروض (٢٧٩ / ٢) .

(٥) فتح الجواد (٥٢١ / ١) .



(وَالْوَكِيلُ) ولو بجعل (أَمِينٌ ، فَيَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي التَّلَفِ) إِنْ لَمْ يَذْكُرْ لَهُ سَبَباً ظَاهِراً ، وَإِلَّا . . . فففيه تفصيلُ الودِيعَةِ (وَالرَّدُّ)

أنه لا فرق بين الأمة والعبد في أن تزويجهما عزل للوكالة^(١) ، وفي « المغني » ما نصه : (قال الشيخان : وكذا بتزويج الجارية ؛ فمن المتأخرين من أخذ بمفهوم ذلك وقال : بخلاف العبد كما أفهمه كلام الشيخين ، ومنهم من جعله مثلاً وقال : العبد كالأمة ، واعتمده شيخني ، وهو الظاهر ؛ إذ لا فرق بين الجارية والعبد في ذلك)^(٢) ، قال في « التحفة » : (وإن أمكن توجيهه بأن إشعار تزويجها بالندم أقوى ؛ لأدائه إلى ملك أولادها الدال على رغبته في بقائها) انتهى^(٣) .

قوله : (والوكيل ولو بجعل أمين) هذا بيان للحكم الرابع ؛ وهي الأمانة ، فيد الوكيل يد أمانة ؛ فلا يضمن ما تلف في يده بلا تعد ، فإن تعدى في العين بلبس أو ركوب مثلاً . . ضمن كغيره من الأمانة ، لكنه لا ينزل به في الأصح ؛ لأن الوكالة إذن في التصرف ، والأمانة حكم يترتب عليها ، ولا يلزم من ارتفاعها ارتفاع أصلها ؛ كالرهن فلا يرفع مقصوده وهو التوثق ؛ ببطلان حكمه وهو الأمانة ، بخلاف الودِيعَةِ ؛ فإنها محض ائتمان .

قوله : (فيقبل قوله) أي : الوكيل .

قوله : (في التلف) أي : في دعوى تلف المال بيمينه ولا ضمان عليه ، وهذا غاية القبول ؛ أي : فائدته هنا ، وإلا . . فنحو الغاصب يقبل قوله فيه بيمينه ، لكنه يضمن البذل ، وكذا الوكيل بعد الجحد ، ولو تعدى فأحدث له الموكل استئماناً . . صار أميناً كالوديع .

قوله : (إن لم يذكر له سبباً ظاهراً ، وإلا . . ففيه تفصيل الودِيعَةِ) هذا يوهم أن عدم ذكره السبب الظاهر ليس من تفصيل الودِيعَةِ مع أنه منه ، وعبارة « التحفة » : (لأنه أمين كالوديع فيأتي فيه تفصيله الآتي آخر « الودِيعَةِ ») انتهى^(٤) ، وهي أحسن .

قوله : (والرد) أي : وفي دعواه الرد للمعوض أو المعوض على الموكل ولو بعد العزل ، ولا فرق بين أن يكون بجعل وأن لا ؛ لأنه إن كان بغير جعل . . فقد أخذ العين بمحض غرض المالك فأشبهه المودع ، وإن كان بجعل . . فلأنه إنما أخذ العين لنفع المالك ، وانتفاعه هو إنما هو بالعمل في العين لا بالعين نفسها .

(١) تحفة المحتاج (٣٤١/٥) .

(٢) مغني المحتاج (٣٠١/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٤٢/٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٤٧/٥) .

لأنَّ الوكالةَ عقدُ إِرْفَاقٍ ، وَالضَّمَانُ مُنْفَرِّعُهُ .

قوله : (لأنَّ الوكالةَ عقدُ إِرْفَاقٍ) أي : وإحسان ، وهذا تعليل لكون الوكيل أميناً ، فالأولى : تقديمه على قول المتن : (فيقبل . . .) إلخ .

قوله : (والضمان منفرد عنه) أي : عن الإرفاق ومناف له ؛ من تنمة التعليل ، وأيضاً : فإن الوكيل نائب عن الموكل في اليد والتصرف فكانت يده كيده ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(كِتَابُ الْإِقْرَارِ)

هُوَ لُغَةً : الْإِثْبَاتُ ، وَشُرْعاً : إِخْبَارٌ عَنْ حَقٍّ سَابِقٍ لِغَيْرِهِ عَلَيْهِ (شَرْطُ الْمَقْرَرِ) لِيَصَحَّ إِقْرَارُهُ وَيُؤَاخَذَ بِهِ (أَنْ يَكُونَ بِالْغَا ، عَاقِلًا ، مُخْتَارًا) رَشِيدًا

[كِتَابُ الْإِقْرَارِ]

قوله : (كتاب الإقرار) الأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ ﴾ ، فهو شهادة المرء على نفسه بالإقرار بأن تقرروا عليها ؛ لأن الشهادة بيان الحق سواء كان عليه أو على غيره ، وخبر : « اغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت . . فارجمها » ^(١) ، والقياس ؛ لأننا إذا قبلنا الشهادة بالإقرار . . فلأن نقبل الإقرار أولى ؛ لأنه أبعد عن التهمة ، ولذا : يبدأ الحاكم بالسؤال عنه قبل السؤال عن الشهادة .

قوله : (هو لغة : الإثبات) أي : فهو مصدر أقر ؛ بمعنى : أثبت ؛ مأخوذ من قر الشيء يقر قراراً : إذا ثبت .

قوله : (وشرعاً : إخبار) أي : خاص كما في « التحفة » قال : (أما العام عن محسوس . . فهو الرواية ، وعن حكم شرعي فهو الفتوى) ^(٢) .

قوله : (عن حق سابق لغيره عليه) أي : فإن كان له على غيره . . فدعوى ، أو لغيره على غيره . . فشهادة ، وللاقرار أربعة أركان : مقر ، ومقر له ، ومقر به ، وصيغة ، ولكل شروط ذكرها المصنف تصريحاً في الثلاثة الأول ، وتلميحاً في الرابع كما يعلم مما يأتي .

قوله : (شرط المقر) بكسر القاف : اسم فاعل من أقر .

قوله : (ليصح إقراره ويؤاخذ به) أي : بمقتضى إقراره .

قوله : (أن يكون بالغاً عاقلاً) لو عبر بالمكلف . . لكان أخصر سواء البلوغ بإمضاء أو حيض أو

سن .

قوله : (مختاراً رشيداً) أي : ألا يكون مكرهاً وغير محجور عليه ، قال في « الفتح » : (ولو كان كافراً أو فاسقاً وإن أقر بجناية وقعت منه قبل رشده) ^(٣) .

(١) أخرجه البخاري (٢٧٢٤ ، ٢٧٢٥) ، ومسلم (١٦٩٧ ، ١٦٩٨) عن سيدنا أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما .

(٢) تحفة المحتاج (٣٥٤/٥) .

(٣) فتح الجواد (٥٢٥/١) .

ولو سكراناً متعدياً ، فلا صِحَّ إقرارُ صبيٍّ ، ومجنونٍ ، ومغمىٍّ عليه ، وسكرانٍ لم يتعدَّ بسكره .
فإن ادَّعى المقرُّ نحوَ صباٍّ أمكنَ ، أو نحوَ جنونٍ عَهِدَ ، أو إكراهاً وثَمَّ أَمارةٌ ؛ كحبسٍ أو ترسيمٍ ،
وثبتَ بيِّنَةٌ ،

قوله : (ولو سكراناً متعدياً) أي : بسكره ، واستعمل الشارح في صرف السكران لغة بني
أسد ؛ لأنه عندهم مصروف لتأنيثه على سكرانة ، قال في « الكافية » : [من الرجز]

وباب سكران لدى بني أسد مصروف اذ بالتاء عنهم اطرده^(١)

قوله : (فلا يصح إقرار صبي) أي : وإن راهق وأذن له وليه .

قوله : (ومجنون ومغمى عليه وسكران لم يتعد بسكره) أي : كشرب دواء وإكراه على شرب
خمر^(٢) ؛ وذلك لأن أقوالهم لاغية ساقطة .

قوله : (فإن ادعى المقر نحو صبا) أي : وقت الإقرار لأجل ألا يصح ولا يؤاخذ به ، وانظر :
ما مراده بـ (نحو الصبا) في « الفتح » وغيره حذف (نحو) فليحرر^(٣) .

قوله : (أمكن) أي : الصبا ؛ بالأ لا يكذبه الحس بأن كان الكبر ظاهراً فيه وادعى الصغر . شيخنا
رحمه الله تعالى^(٤) .

قوله : (أو نحو جنون) أي : كإغماء .

قوله : (عهد) أي : نحو الجنون قبل إقراره ولو كان مرة منه كما قاله (ع ش)^(٥) .

قوله : (أو إكراهاً) أي : أو ادعى إكراهاً .

قوله : (وثم أمانة) أي : وكان هناك قرينة على الإكراه .

قوله : (كحبس . . .) إلخ ، تمثيل للأمانة على الإكراه .

قوله : (أو ترسيم) أي : تضيق عليه من الحاكم ؛ كأن يوكل الحاكم من يلازمه حتى يأمن من

هربه قبل فصل الخصومة

قوله : (وثبت) أي : ما ذكر من أمانة الإكراه ، فلو قال : (وثبتت) . . لكان أظهر .

قوله : (بيينة) أي : تشهد بأنه إنما حبس ليقر .

(١) شرح الكافية (٣/١٤٣٢) .

(٢) في الأصل : (دواء) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) فتح الجواد (١/٥٢٥) .

(٤) إعانة الطالبين (٣/١٨٩) .

(٥) حاشية الشيرازي (٧/٢٦١) .

أو بإقرار المقر له ، أو بيمين مردودة . . صدق بيمينه ما لم تقم بينه بخلاف . ولا إقرار مكره بما أكره عليه ؛ لأن عبارته لغو ، ومنه أن يضرب ليقر لا ليصدق

قوله : (أو بإقرار المقر له) كذلك .

قوله : (أو بيمين مردودة) أي : من المقر له ؛ بأن طلب منه مدعي الإكراه يميناً على أنه ما حبسه أو ما ضيق عليه فأبى أن يحلف فحلف المقر بذلك اليمين المردودة . شيخنا رحمه الله تعالى^(١) .

قوله : (صدق بيمينه) جواب (فإن ادعى نحو صبا . .) إلخ ، قال البجيرمي : (لكن تؤخر يمين الصبي لبلوغه فيما يظهر)^(٢) .

قوله : (ما لم تقم بينه بخلافه) قيد في تصديقه بيمينه ؛ أي : أن محل تصديقه بها بالنسبة للصور الثلاث إذا لم تقم بينه بخلاف ما ادعاه ، وإلا . . فلا ؛ لما فيه من تكذيب البينة .

قوله : (ولا إقرار مكره) أي : ولا يصح إقرار مكره ، فهو معطوف على (إقرار صبي) .

قوله : (بما أكره عليه) أي : وكان الإكراه بغير حق ، كذا قيده ، قال ابن قاسم : (انظر : ما صورة الإكراه بحق ؟) ، قال بعضهم : (يمكن تصويره بما إذا أقر بمبهم وطولب بالبيان فامتنع . . فللقاضي إكراهه على البيان ، وهو إكراه بحق) ، قال شيخنا رحمه الله تعالى : (وفيه : أن هذا إكراه على التفسير لا على الإقرار)^(٣) ، ولذا قال الجمل : (ولم يوجد للإكراه بحق مثال صحيح ؛ لأن ما قالوه في تصويره إما غير إكراه ، أو إكراه على غير الإقرار ، أو عليه لكن بلا حق) فليحذر^(٤) .

قوله : (لأن عبارته لغو) تعليل لعدم صحة إقرار المكره ، وقد قال تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ ، جعل الله سبحانه وتعالى الإكراه مسقطاً لحكم الكفر فبالأولى ما عداه .

قوله : (ومنه) أي : من الإكراه على الإقرار .

قوله : (أن يضرب ليقر) أي : فأقر فإن إقراره غير صحيح ، وأشار إلى أن الإكراه هنا يحصل بما ذكروه في الإكراه بالطلاق .

قوله : (لا ليصدق) أي : فلو ضرب ليصدق في القضية ؛ بأن سئل عنها فلا يجيب بشيء لا نفياً ولا إثباتاً فضرب بأحدهما فأقر حال الضرب أو بعده . . لزمه ما أقر به ؛ لأنه ليس مكرهاً ؛ إذ المكره : من أكره على شيء واحد ، وهنا إنما ضرب ليصدق ، ولا ينحصر الصدق في الإقرار .

(١) إعانة الطالبين (١٨٩/٣ - ١٩٠) .

(٢) التجريد لنفع العيود (٧٣/٣) .

(٣) إعانة الطالبين (١٨٩/٣) .

(٤) فتوحات الوهاب (٤٣٠/٣) .

وإن حرم الضرب . ولا يقبل الإكراه إلا أن يصدق ، ولا يؤثر نحو الحبس في صحة الإقرار لغير من حبس لأجله ، وتقدم بينة الإكراه على بينة اختيار لم تقل : كان مكرهاً وزال إكراهه ثم أقر ، فإن قالت ذلك . . . قدمت ؛ لزيادة علمها . (وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الصَّبِيِّ بِالْبُلُوغِ بِالْإِحْتِلَامِ)

هذا ؛ وفيه كلام في المطولات .

قوله : (وإن حرم الضرب) أي : في الشقين ، خلافاً لمن توهم حله إذا ضرب ليصدق ، وظاهره : وإن كان الضرب خفيفاً ، وهو واضح . (ع ش)^(١) .

قوله : (ولا يقبل الإكراه إلا أن يصدق) كذا في هذا الكتاب ، وانظر : ما معنى هذا الكلام ؟ ولعل فيه تحريفاً وسقطاً . ثم رأيت عبارته في « الفتحة » هكذا : (ولا تقبل بينة الإكراه إلا إن فصلت ؛ لاختلاف العلماء فيما يحصل به . . .) إلخ^(٢) ، وهي ظاهرة .

قوله : (ولا يؤثر نحو الحبس) أي : كالترسيم .

قوله : (في صحة الإقرار لغير من حبس لأجله) أي : بخلاف إقراره لمن حبس لأجله فإنه لا يصح ؛ للقرينة الدالة على الإكراه ، وعبرة « التحفة » : (والأوجه : أنه عند ظهور القرائن تقبل دعواه الإكراه سواء كان الإقرار للظالم المكره أو لغيره الحامل للظالم على الإكراه) انتهى^(٣) .

قوله : (وتقدم بينة الإكراه على بينة اختيار) يعني : لو ادعى المقر على أنه مكره في إقراره وأقام بينة وادعى المقر له أنه مخار فيه وأقام بينة . . . قدم بينة المقر .

قوله : (لم تقل : كان مكرهاً وزال إكراهه) قيد لتأخير بينة الاختيار .

قوله : (فإن قالت ذلك) أي : كان مكرهاً . . . إلخ .

قوله : (قدمت) أي . بينة الاختيار على بينة الإكراه .

قوله : (لزيادة علمها) تعليل لتقديمها عليها .

قوله : (ويقبل إقرار الصبي) أي : ليتصرف في ماله مثلاً ، والمراد بـ (الصبي) : ما يشمل الصبية .

قوله : (بالبلوغ بالاحتلام) المراد بـ (الاحتلام) : إنزال المني في يقظة أو منام ، ولذا عبر في « المنهج » بالإمضاء ، وقال في « شرحه » : (إنه أعم من التعبير بالاحتلام)^(٤) .

(١) حاشية الشبراملسي (١١/٥) .

(٢) فتح الجواد (٥٢٥/١) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٦٠/٥) .

(٤) فتح الوهاب (٢٢٤/١) .

والصبي بالبلوغ بالحيض لوقت إمكانهما السابق وإن أحدهما ذلك في خصومة ، ولا يمين عليهما ؛ لأنه لا يعرف إلا منهما . نعم ؛ إن اتهم غاز طلب إثبات اسمه في الديوان . . . حلف (دون السن) . . .

قوله : (والصبي بالبلوغ بالحيض) أي : ويقبل إقرار الصبية . . . إلخ .

قوله : (لوقت إمكانهما السابق) أي : في (باب الحجر) بأن ستكمل تسع سنين قمرية تقريباً ، قال السيد عمر البصري : (ويظهر : أنه لا بد من المصادقة في سن الإمكان أو ثبوته بالبينة) .

قوله : (وإن أحدهما ذلك في خصومة) كذا في هذا الكتاب ، ولعل تحريف ، وعبرة غيره : (وإن فرض أن ذلك في خصومة) حرر^(١) .

قوله : (ولا يمين عليهما) أي : الصبي والصبية .

قوله : (لأنه) أي : ما ذكر من الاحتلام والحيض ؛ تعليل للمتن .

قوله : (لا يعرف إلا منهما) أي : من جهتهما ، فأشبه ما لو علق العتق بمشيئة غيره فقال : شئت ، ونوزع في أنه إنما شاء غير العتق فإنه يصدق بلا يمين ؛ لأن المشيئة وإن كانت تحصل بنفس اللفظ ، لكن إرادة غير العتق لا تعلم إلا من جهته ؛ فقد يقول : شئت ثم يدعي أنه شاء غيره ، تأمل .

قوله : (نعم ؛ إن اتهم غاز . . .) إلخ ، استدراك على عدم تحليف مدعي البلوغ بالاحتلام .

قوله : (طلب إثبات اسمه في الديوان) أي : أو طلب سهمه عن المقاتلة .

قوله : (حلف) أي : فإن لم يحلف . . . لم يثبت اسمه في الديوان ولم يأخذ شيئاً ، واستشكل تحليفه لاستحقاقه السهم بعدم تحليفه لثبوت البلوغ وإن فرضت مخاصمة كما مر ، وأجيب بأن صورة المسألة هنا : إذا قال البائع للمشتري : بعثك وأنت الآن صبي فقال : أنا بالغ . . . لم يحلف ؛ لأن المدعي معترف بعدم صحة يمينه ، بخلاف الغازي الذي حضر الوقعة إذا ادعى السهم فإنما لم نحلفه على الصبا ولا على البلوغ ؛ لأن قوله في البلوغ مقبول ، وإنما حلفناه على استحقاق السهم ؛ احتياطاً ، ويمينه موافقة لدعواه لا معارضة لها ، تدبر .

قوله : (دون السن) أي : فإن إقراره بالبلوغ به لا يقبل إلا بالبينة وإن كان غريباً لا يعرفه أحد في البلد .

(١) في هامش الأصل : (وإن ادعى أحدهما) .

لسهولة إقامة البينة عليه في الجملة . (وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الرَّقِيقِ بِالْعُقُوبَةِ) حَدًّا كَانَتْ أَوْ قَوْدًا ؛ إِذْ لَا تَهْمَةٌ ، فَإِنْ عَفَا مُسْتَحِجُّ الْقَوْدِ بِمَالٍ . . تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ وَإِنْ كَذَبَهُ السَّيِّدُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا ثَبِتَ بِالْعَفْوِ تَبْعًا ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِالْكَسْرِ لِلْقَطْعِ لَا لِلْمَالِ

قوله : (لسهولة إقامة البينة عليه في الجملة) أي : بقطع النظر عن كونه معروفاً أو لا ، ولا بد في بينة السن من بيان قدره ؛ لأن البلوغ به مختلف فيه ، قال في « التحفة » : (وهي رجلان . نعم ؛ إن شهد أربع نسوة بولادته يوم كذا . . قبلن وثبت بهن السن تبعاً كما هو ظاهر)^(١) .
قوله : (ويصح إقرار الرقيق) أي : عبداً أو أمة .
قوله : (بالعقوبة) أي : بموجب العقوبة ، فهو على تقدير مضاف .
قوله : (حدًا كانت أَوْ قَوْدًا) أي : كزنا وشرب خمر ، وكقتل وقطع طرف .
[قوله] : (إِذْ لَا تَهْمَةٌ) أي : فإن كل نفس مجبولة على حب الحياة ما أمكن والاحتراز عن الآلام ، ولأن علياً كرم الله وجهه قطع عبداً بإقراره ، قال ابن خيران في « اللطيف » : (كل من أقر بشيء يضر به غيره . . فلا يقبل إقراره ، إلا في خصلة واحدة ، هو : أن العبد إذا قتل أو قطع أو سرق . . فإن في إقامة الحد عليه ضرر سيده) أي : ومع ذلك يقبل إقراره ، نقله الشهاب الرملي^(٢) .
قوله : (فَإِنْ عَفَا مَسْنُوحُ الْقَوْدِ بِمَالٍ) أي : بأن أقر العبد بقصاص على نفسه ثم عفا المقتص بمال .

قوله : (تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ) أي : العبد لا بذمته .
قوله : (وَإِنْ كَذَبَهُ السَّيِّدُ) أي : ومن باب الأولى إذا صدقه سيده .
قوله : (لِأَنَّهُ إِنَّمَا ثَبِتَ بِالْعَفْوِ تَبْعًا) أي : فإن العبد إنما أقر بموجب العقوبة ، والمال إنما ثبت بالعفو عليه ، واحتمال تهمة المواطأة أضعفته المخاطرة .
قوله : (وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِالْكَسْرِ لِلْقَطْعِ) أي : بالنسبة للقطع ؛ لما تقرر من بعد التهمة .
قوله : (لَا لِلْمَالِ) أي : لا يقبل إقرار الرقيق بالسرقة بالنسبة للمال ، بل يتعلق بذمته يتبع به إذا عتق ، قال ابن قاسم : (قد يستشكل ذلك بأن شرط ثبوت القطع دعوى المالك بالمال وإثبات أخذه ، والرقيق لا تصح الدعوى عليه إذا تلف المسروق وصار في ذمته ؛ لأنه معسر ، وقد يجاب بتصوير القطع بما إذا كان المسروق باقياً فادعى به المالك وأثبت أخذه ، ويكفي في إثبات أخذه إقرار

(١) تحفة المحتاج (٥/٥٦) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٢/٢٩٠) .

إِلَّا إِنْ صَدَقَهُ سَيِّدُهُ . . فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ فَقَطْ . (وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ جَنَائِيَّةٍ) أَوْ غَيْرِهَا (وَكَذَّبَهُ سَيِّدُهُ . . تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ فَقَطْ) تَتَّبِعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ دُونَ رَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهِمٌ . (وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْمَأْذُونِ) لَهُ فِي التَّجَارَةِ (بِدْيُونِ الْمُعَامَلَةِ) الَّتِي لَزِمَتْهُ لِأَجْلِ التَّجَارَةِ

الرقيق فيما يظهر ، ولكن لا يؤخذ منه ^(١) ، قال الشرواني : (وقد يقال : إن محل الإشكال المذكور فيما إذا أنكر الرقيق السرقة ، وأما إذا أقر بها . . فلا حاجة إلى ثبوت القطع المشروط بما ذكره) تدبر ^(٢) .

قوله : (إلا إن صدقه سيده) أي : في إقراره بالسرقة فيؤخذ منه المال إن كان باقياً .

قوله : (فيتعلق) أي : المال .

قوله : (برقبته فقط) أي : لا مع ذمته ؛ كما لو قامت عليه بينة . . فلا يتبع بعد العتق بما زاد ؛ من المال عن قيمته إن زاد ؛ إذ لا يجتمع التعلق بالرقبة مع التعلق بالذمة .

[قوله] : (ولو أقر) أي : الرقيق .

قوله : (بدین جنایة أو غيرها) أي : كغصب أو إتلاف .

قوله : (وكذبه سيده) أي : أو سكت عنه ، فلو عبر بقوله : (ولم يصدقه) . . لكان أولى .

قوله : (تعلق بذمته فقط تتبع به إذا عتق) أي : الرقيق .

قوله : (دون رقبته) أي : لا يتعلق ذلك الدين برقبة الرقيق .

قوله : (لأنه متهم) أي : في إقراره بذلك ، ولأنه لا يقدر على الإنشاء ؛ لأن القاعدة : أن من قدر على الإنشاء . . قدر على الإقرار ، ومن لا . . فلا ، ويستثنى منهما أمور ليس هذا منها ، قال في « التحفة » : (أما إذا صدقه وليس مرهوناً ولا جانياً - أي : جنایة أخرى - فيتعلق برقبته ويبيع فيه إلا أن يفديه السيد بالأقل من المال وقيمه) ^(٣) .

قوله : (ويقبل إقرار المأذون له في التجارة) أي : على سيده .

قوله : (بدیون المعاملة) أي : وهي ما وجب برضا مستحقه .

قوله : (التي لزمته لأجل التجارة) خرج بهذا القيد : إقراره بما لا يتعلق بالتجارة ؛ كالقرض فلا يقبل على السيد ، واستشكله الغزي بأنه إن اقترض لنفسه . . فالقرض فاسد ، أو للتجارة بإذن سيده . . فينبغي أن يؤدي منه ؛ لأنه مال تجارة ، ورد في « التحفة » بأن السيد منكر ، والقرض

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣٥٦/٥) .

(٢) حاشية الشرواني (٣٥٦/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٥٧/٥) .

قَبْلَ الْحَجَرِ عَلَيْهِ (وَ) حِينَئِذٍ لَا تَخْتَصُّ بِذِمَّتِهِ ، بَلْ (يُؤَدِّيَهَا مِنْ كَسْبِهِ وَمَالِ تِجَارَتِهِ) لِأَنَّهُ يَمْلِكُ إِنْشَاءَ ذَلِكَ ، فَمَلَكَ الْإِقْرَارَ بِهِ . (وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَرِيضِ) مَرَضَ الْمَوْتِ بِمَالٍ أَوْ غَيْرِهِ (لِوَارِثِهِ)

ليس من لوازم التجارة التي يضطر إليها التاجر فلم يقبل إقراره به على السيد ، تأمل^(١) .
 قوله : (قبل الحجر عليه) أي : الرقيق ، فمحل قبول إقراره بديون المعاملة إذا لم يحجر عليه السيد ، فلو أقر بعد الحجر بدين معاملة أضافه إلى حال الإذن . . لم تقبل إضافته ، فإن قيل : إن إقرار المفلس بعد الحجر في حق الغرماء مقبول . . فهلا كان هنا كذلك ؟ أجيب بأن إقرار العبد يؤدي إلى فوات حق السيد ، بخلاف غرماء المفلس ؛ إذ يبقى لهم الباقي في ذمة المفلس . « مغني »^(٢) .
 قوله : (وحينئذ) أي : حين إذ قبل إقرار الرقيق بديون المعاملة . . إلخ .
 قوله : (لا تختص بذمته) أي : لا تختص تلك الديون بذمة العبد .
 قوله : (بل يؤديها من كسبه ومال تجارته) أي : كما مر في بابه .
 قوله : (لأنه يملك إنشاء ذلك) أي : الديون المذكورة .
 قوله : (فملك الإقرار . .) إلخ ؛ أي : لما مر : من ملك الإنشاء . . ملك الإقرار ، قال بعضهم : (هذا بالنسبة للظاهر ، وأما بالنسبة للباطن . . فالأمر بالعكس ؛ أي : من ملك الإنشاء . . لا يملك الإقرار ؛ فمن ملك شيئاً . . يجوز أن ينشئ ملكه لغيره ؛ كبيع له ، ولا يجوز أن يقر به لغيره ؛ لما سيأتي : أن شرط المقر به ألا يكون ملكاً للمقر) .
 هذا ؛ ولا يقبل إقرار السيد على رقيقه بموجب عقوبة ولا بدين معاملة ، ويقبل إقراره عليه بدين جنانية ويتعلق برقيقه ، فلو بيع وبقي شيء . . لم يطالب به بعد العتق وإن صدقه ؛ لما مر .
 قوله : (ويصح إقرار المريض) أي : كما يصح من غير المريض .
 قوله : (مرض الموت) أي : مرضاً يتولد من جنسه الموت ؛ كإسهال دائم ، ودق ؛ وهو داء يصيب القلب ونحوهما مما ذكره في (باب الوصية) .
 قوله : (بمال أو غيره) أي : كدين واختصاص .
 قوله : (لوارثه) أي : حال الموت وإن كذبه بقية الورثة أو بعضهم ، خلافاً للأئمة الثلاثة في قولهم بعدم صحة إقرار المريض لوارثه ، ولذا قال في « البهجة » :
 [من الرجز]
 ومن مريض ولذي وراثته مخالف للأئمة الثلاثة^(٣)

(١) تحفة المحتاج (٣٥٧/٥ - ٣٥٨) .

(٢) مغني المحتاج (٣١٠/٢) .

(٣) بهجة الحاوي (ص ١٠٧) .

أَوْ غَيْرِهِ) لِأَنَّ الظَّاهَرَ أَنَّهُ مُحَقَّقٌ ، مَعَ أَنَّهُ قَدْ أَنتَهَى إِلَى حَالَةٍ يَصْدُقُ فِيهَا الْكَذُوبُ ، وَيَتَوَبُّ فِيهَا الْفَاجِرُ ، وَيَأْتُمُّ إِثْمًا شَدِيدًا إِنْ قَصَدَ الْحَرَمَانَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَبِيرَةٌ ، كَمَا بَيَّنَّهُ فِي كِتَابِ « الزَّوْاجِرِ عَنْ اقْتِرَافِ الْكِبَائِرِ »

قوله : (أو غيره) أي : فيخرج المقر به من رأس المال ؛ كإقرار الصحيح .

نعم ؛ للورثة تحليف المقر له ولو أجنبياً أن المقر أقر له بحق لازم يلزمه الإقرار به ، فإن نكل . . حلفوا ، وقيل : إن كان المقر له أجنبياً . . لم يجز للورثة تحليفه على ذلك ، والفرق : أن التهمة في الوارث أقوى ، ويرد بقولهم : تتوجه اليمين في كل دعوى لو أقر بمطلوبها . . لزمته ، وكون التهمة فيه أقوى لا ينافي توجه اليمين ؛ لأن التهمة الموجودة في الأجنبي كافية في توجيهها ، تأمل .

قوله : (لأن الظاهر : أنه محق) تعليل لصحة إقرار المريض .

قوله : (مع أنه قد انتهى إلى حالة يصدق فيها الكذب ويتوب فيها الفاجر) أي : فالظاهر : صدقه في إقراره ، واختار جمع أنه إن كان متهما . . لم يقبل إقراره ، وإلا . . قبل ، قال الأذري : (وهو قوي ، وقد يغلب على الظن كذبه ، بل يقطع به في بعض الأحوال . فلا ينبغي لمن يخشى الله تعالى أن يقضي أو يفتي بالصحة مطلقاً وإن ساعده إطلاق الشافعي والأصحاب ، ولا شك فيه إذا علم أن قصده الحرمان) .

قوله : (ويأثم) أي : المريض بإقراره .

قوله : (إثماً شديداً إن قصد الحرمان) أي : حرمان الورثة أو بعضهم ، ولا يحل للمقر له أخذه كما في « التحفة » عن تصريح جمع^(١) ، قال (ع ش) : (لكن يقبل ظاهراً ، ولو حكم به القاضي . . نفذ حكمه)^(٢) .

قوله : (لأن ذلك) أي : الإقرار بقصد الحرمان (كبيرة) .

قوله : (كما بيئته في كتاب « الزواجر عن اقتراف الكبائر ») أي : حيث قال فيه : (الكبيرة العشرون بعد المثبتين : الإقرار لأحد ورثته كذباً أو لأجنبي بدين أو عين . . . ثم استدل بأحاديث في « الوصية » ثم قال : عد الإضرار في الوصية كبيرة هو ما صرح به كثيرون ، ومنه ما ذكرته هنا . . .) إلخ^(٣) ، وذكر في (الوصية) كلاماً طويلاً ، فراجع إن أردته^(٤) .

(١) تحفة المحتاج (٣٥٩/٥) .

(٢) حاشية الشيراملي (٧٠/٥) .

(٣) الزواجر عن اقتراف الكبائر (٥٦١/١) .

(٤) الزواجر عن اقتراف الكبائر (٥٧٠/١ - ٥٧٣) .

وإقرارُ المَرَضِ وَالصَّحَّةِ ، وَالْمَوْرَثِ وَالْوَارِثِ سَوَاءٌ . وَلَوْ صَدَّقَ الْوَرِثَةُ مُدَّعِيَا الثَّلَاثِ وَصِيَّةً ، وَمُدَّعِيَا دَيْنًا مُسْتَعْرِقًا مَعًا . أَوْ مُرْتَبًا . فَيَقْدَمُ الدَّيْنُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى ، وَيُقَدَّمُ الْمُقَرَّرُّ لَهُ بَعِيْنٌ عَلَى الْمُقَرَّرِّ لَهُ بَدِيْنٌ مُطْلَقًا . (وَيُسْتَرْطُ فِي الْمُقَرَّرِّ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْإِسْتِحْقَاقِ لِلْمُقَرَّرِّ بِهِ ، فَلَوْ أَقَرَّ لِبَهِيْمَةٍ بِشَيْءٍ)

قوله : (وإقرار المرض والصحة والمورث والوارث سواء) أي : فلا يقدم فيما لو أقر في صحته بدين لإنسان وفي مرضه بدين لآخر إقرار الصحة على إقرار المرض ، بل يتساويان ؛ كما لو ثبتا بالبيينة ، وكما لو أقر بهما في الصحة أو المرض ، وكذا لو أقر الوارث على المورث بعد موته بدين لآخر أو أقر بدين عليه لإنسان ثم بدين لآخر . لم يقدم إقرار المورث في الأصح ؛ لأن الوارث خليفة المورث فكأنه أقر بدينين .

قوله : (ولو صدق اليرثة مدعيًا الثلث وصية ومدعيًا دينًا مستغرقًا معًا) أي : بأن ادعى إنسان أن المورث أوصى له بثلاث ماله مثلاً ، وآخر بأن له عليه دينًا يستغرق التركة وصدقهما معًا .
قوله : (أو مرتبًا) أي : بأن صدقوا مدعي الوصية ثم مدعي الدين ، أو صدقوا مدعي الدين ثم مدعي الوصية .

قوله : (فيقدم الدين ؛ لأنه أقوى) أي : من الوصية ، وكما لو ثبتا بالبيينة .
قوله : (ويقدم المقر له بعين) أي : من أقر له الميت في مرضه أو صحته أو الوارث بعد موت مورثه بعين .

قوله : (على المقر له بدين) أي : على من أقر له أحدهما بدين ولو مستغرقًا .
قوله : (مطلقًا) أي : سواء أقر لهما معًا أم مرتبًا ، وسواء أخلف الميت عينًا أخرى أم لا ؛ لأن الإقرار بالدين لا يتضمن حرجًا في العين ، قال في « الفتح » : (ولا نظر إلى تعلق الدين بها بالموت ؛ لأنها أقوى منه في الجملة ؛ ألا ترى أن من أثبت على تركة دينًا . كان للوارث إمساكها وقضاؤه من ماله ، بخلاف من أثبت عينًا منها . ليس للوارث إمساكها وإعطاؤه بدلها) تدبر^(١) .

قوله : (ويشترط في المقر له) هذا شروع في بيان شروط الركن الثاني .
قوله : (أهلية الاستحقاق للمقر به) أي : حساً وشرعاً ؛ لأنه حينئذ يصادف محله ، وصدقه محتمل ، وبهذا يخرج ما إذا أقرت المرأة بصدقها عقب النكاح لغيرها أو الزوج ببذل الخلع عقب المخالعة لغيره ؛ أو المجني عليه بالأرث عقب استحقاقه لغيره ؛ لأن صدق هؤلاء غير محتمل .
قوله : (فلو أقر لبهيمة بشيء) أي : كأن قال : لهذه الدابة ، أو لدابة فلان علي كذا .

لَمْ يَصِحَّ (لَاسْتِحَالَتِهِ ، وَمِنْ ثَمَّ لَوْ ذَكَرَ جَهَةً صَحِيحَةً . . صَحَّ ؛ كَأَنْ يَقُولَ : لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ بِسَبَبِ دَابَّتِهِ وَيُحْمَلُ عَلَيَّ أَنَّهُ جَنَى عَلَيْهَا مَثَلًا . . فَيَمْلِكُهُ فُلَانٌ وَإِنْ بَاعَهَا ، فَإِنْ قَالَ : لِمَالِكِهَا بِسَبَبِهَا كَذَا . . أَسْتَحَقُّهُ مَالُكُهَا حِينَ الْإِقْرَارِ . (وَيَصِحُّ الْإِقْرَارُ لِلْحَمْلِ) إِذَا أَسْنَدَهُ

قوله : (لم يصح) أي : الإقرار .

قوله : (لَاسْتِحَالَتِهِ) أي : فإن البهيمة ليست أهلاً للاستحقاق ؛ لكونها غير قابلة للملك في الحال ولا في المال ، ولا يتصور منها تعاطي السبب كالبيع ونحوه ، قال جمع : (وهذا البطلان في المملوكة ، أما لو أقر لخیل مسبلة . . فالأشبه : الصحة ؛ كالإقرار لمنبرة ، ويحمل على أنه من غلة وقف عليها أو وصية لها) .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل التعليل بالاستحالة .

قوله : (لو ذكر جهة صحيحة . . صح) أي : الإقرار لها .

قوله : (كأن يقول : لفلان علي ألف بسبب دابته) أي : لأنه حينئذ أقر للمالك لا لها وهي السبب فقط .

قوله : (ويحمل على أنه جنى عليها مثلاً) أي : أو اكترأها أو استعملها متعدياً .

قوله : (فيملكه فلان وإن باعها) أي : الدابة ، فيحمل كونها له [على] ملكها حال الإقرار ، فإن أراد غيره . . قبل كما لو صرح به .

قوله : (فإن قال) أي : المقر .

قوله : (لمالكها بسببها كذا) أي : ألف مثلاً .

قوله : (استحقه مالكها حين الإقرار) أي : لأنه الظاهر وإن احتمل أن يريد مالكا آخر قبله إلا أن تدل الحال على خلاف ذلك ، قال في « التحفة » : (ولو لم يقل : « لمالكها » . . لم يحمل على مالكا حالاً ، بل يستفسر ويعمل بتفسيره ، فإن مات قبله . . رجع فيه لوارثه فيما يظهر)^(١) .

قوله : (ويصح الإقرار للحمل) أي : ولو قلنا كما قاله في « الفتح »^(٢) ، ثم إنما يستحقه الحمل إن انفصل حياً لدون ستة أشهر مطلقاً ، أو لما فوقه إلى أربع سنين وأمه خلية ؛ نظير ما في الوصية ، والخصم في ذلك ولي الحمل إذا وضع .

قوله : (إذا أسنده) أي : الإقرار .

(١) تحفة المحتاج (٣٦١/٥) .

(٢) فتح الجواد (٥٢٧/١) .

إِلَى مَا يُمْكِنُ فِي حَقِّهِ - كَرِثٍ وَوَصِيَّةٍ - أَوْ لَمْ يُسْنَدْهُ إِلَى شَيْءٍ ؛ حَمَلًا لَهُ عَلَى الْمُمَكِّنِ ، بخلافِ ما إِذَا أُسْنَدَ لِمَحَالٍ كِبَاعِنِي بِهِ كَذَا ، وَفَرَّقْتُ فِي « شَرْحِ الْإِرْشَادِ » بَيْنَ هَذَا وَتَعْقِيبِ الْإِقْرَارِ بِمَا يَرْفَعُهُ

قوله : (إلى ما يمكن في حقه) أي : الحمل .

قوله : (كإرث ووصية) أي : كأن قال : لحمل هند كذا علي ، أو عندي بإرث من أبيه أو وصية له .

قوله : (أو لم يسند إلى شيء) أي : كأن قال : له علي ألف استدنته ، أو غصبته ، ولم يقل : منه ، ولا من أبيه .

قوله : (حملًا له على الممكن) أي : في حق الحمل المقر له ، ثم إن استحققه بوصية .. فله الكل ، أو بإرث من الأب وهو ذكر .. فكذلك ، أو أنثى .. فلها النصف ، وإن ولدت ذكرًا وأنثى .. فهو بينهما بالسوية إن أسنده إلى وصية ، وأثلاثًا إن أسنده إلى إرث ، فإن اقتضت جهة ذلك التسوية ؛ كولدتي أم .. سوي بينهما في الثلث وإن أطلق الإرث .. سألتناه عن الجهة وعملنا بمقتضاها ، فإن تعذر سؤاله .. سوي بينهما .

قوله : (بخلاف ما إذا أسنده) أي : الإقرار .

قوله : (كباعني به كذا) أي : أو أقرضنيه ، فهذا الإقرار لاغ ؛ لأننا نقطع بكذبه بذلك ، هذا ما في « المنهاج » و « الروض »^(١) ، وهو ما اعتمده الشارح في غير « التحفة »^(٢) والرملي^(٣) ، واعتمد شيخ الإسلام أن الإقرار صحيح واللاغي إنما هو الإسناد فقط^(٤) .

قوله : (وفرقت في « شرح الإرشاد ») أي : « الإمداد » ولكنه ليس عندي ، وقد أحال عليه في « الفتح » ، فليراجع^(٥) .

قوله : (بين هذا) أي : إسناد الإقرار في مسألة المحال حيث لا يصح .

قوله : (وتعقيب الإقرار بما يرفعه) أي : كقوله : لفلان علي ألف من ثمن خمر فإنه إقرار صحيح كما سيأتي .

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٨٠) ، وانظر « أسنى المطالب » (٢٩١ / ٢) .

(٢) فتح الجواد (٥٢٧ / ١) .

(٣) نهاية المحتاج (٧٤ / ٥) .

(٤) فتح الوهاب (٢٢٤ / ١) .

(٥) فتح الجواد (٥٢٧ / ١) .

(وَإِذَا كَذَّبَ الْمُتَّقِرُ لَهُ) أَوْ وَارِثُهُ (الْمُتَّقِرُ) فِي إِقْرَارِهِ لَهُ (.. بَطَلَ الْإِقْرَارُ) فِي حَقِّ الْمَكْذِبِ ، وَيُتْرَكُ الْمُتَّقِرُ بِهِ فِي يَدِ الْمُتَّقِرِ ، فَلَهُ - حَيْثُ لَمْ يَظُنْ أَنَّهُ لِلْمُتَّقِرِ لَهُ - ..

هذا ؛ وفي « التحفة » ما معناه : (لو قال : له - أي : للحمل - علي ألف أقرضنيه .. لغا الإسناد ؛ لاستحالة دون الإقرار ؛ لأنه وقع صحيحاً ، فلا يبطله ما عقبه به ؛ كَلَهُ علي ألف من ثمن خمر ، أو قال : باعني بألف .. فالإقرار هو اللغو ؛ كباعني خمرأ ، قال : وبهذا التفصيل الذي ذكرته يجمع بين إطلاق جمع إلغاء الإقرار وآخرين إلغاء الإسناد وصحة الإقرار ، ثم وجه الأول بأن قرينة حال المقر له ملغية للإقرار له لولا تقدير احتمال بعيد ، وتقريره إنما يحسن عند الإطلاق دون التقييد بجهة مستحيلة ، بخلاف « ألف من ثمن خمر » فإنه لا قرينة في المقر له تلغيه فعمل به وأسقط منه المبطل ، وهذا معنى ظاهر يصح الاستمساك به في الفرق (فتأمله ^(١)) .

قوله : (وَإِذَا كَذَّبَ المقر له ...) إلخ ، هذا إشارة إلى شرط آخر للمقر له ، وهو : ألا يكذب المقر في إقراره ؛ بأن يصدقه أو يسكت عنه .

قوله : (أَوْ وَارِثُهُ) أي : فتكذيبه كتكذيب المقر له ، حتى لو أقر لميت أو لمن مات بعد الإقرار فكذبه الوارث .. لم يصح .

قوله : (المقر في إقراره له) أي : للمقر له ؛ يعني : كذبه في أصل الإقرار ؛ لما سيأتي قريباً .
قوله : (بطل الإقرار في حق المكذب) أي : دون غيره ؛ كمن أقر بجناية على مرهون وكذبه المالك .. يصح في حق المرتهن ؛ حتى ^(٢) يتوثق بأرشها وإن كان لا يخاصم ، قاله في « الفتح » ^(٣) .

قوله : (ويترك المقر به في يد المقر) أي : ديناً كان أو عيناً ؛ لأن يده تدل على الملك ظاهراً والإقرار الطارئ عارضه التكذيب فسقط ، ولأننا لا نعرف مالكة ونراه في يد المقر فهو أولى الناس بحفظه ، قال القمولي : (وقضية العلة الأولى : أن يده يد ملك) وهو المعتمد كما في « التحفة » ^(٤) وإن كانت قضية الثانية : أن يده يد استحفاظ .

قوله : (فله) أي : يجوز للمقر الذي كذبه المقر له .

قوله : (حيث لم يظن أنه للمقر له) أي : أما إذا ظن أنه للمقر له .. فيستنع عليه التصرف فيه .

(١) تحفة المحتاج (٣٦٢/٥) .

(٢) في الأصل : (كان) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) فتح الجواد (٥٢٧/١) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٦٤/٥) .

ألتصرف حتى بالوطء ، وليس لقاضي نزعه منه إلا إن قال : بيدي مال لا أعرف مالكة ، ولا يضرُّ التّكذيب في الجهة ؛ كـ (لهُ علي ألف من ثمن عبد) . فقال : لا ؛ بل من ثمن جارية . ولو صدّقه المقرُّ له بعد تكذيبه أو أقام به بيّنة . . لم يُنزع

قوله : (التصرف حتى بالوطء) أي : خلافاً لما بحثه الزركشي حيث قال : (ينبغي أن يجوز له جميع التصرفات خلا الوطء ؛ لاعترافه بتحريم ذلك عليه ، بل ينبغي أن يمتنع جميع التصرفات حتى يرجع) انتهى ، وقد رده في « التحفة » : (بأن التعارض المذكور أوجب له العمل بدوام الملك ظاهراً فقط ، وأما باطناً . فالمدار فيه على صدقه وعدمه ولو ظناً ، وحيثئذ : فلا يصح ما ذكره بإطلاقه) انتهى^(١) ، وإلى هذا أشار هنا بقوله : (حيث لم يظن . . .) إلخ .

قوله : (وليس لقاضي نزعه منه) أي : لا يجوز للقاضي نزع المقر به من المقر ، وهذا مرتبط بقوله : (ويترك المقر به في يد المقر) .

قوله : (إلا إن قال : بيدي مال لا أعرف مالكة) أي : فإن القاضي ينزعه منه ، قال في « المغني » : (لأنه أقر بسال ضائع فهو إقرار صحيح ، فإن قيل : إنه لو قال : علي مال لرجل أو لواحد من بني آدم لا يكون إقراراً ؛ لفساد الصيغة . . فهنا كذلك ؟ أجيب بأن ما هنا في العين وما هناك في الدين ؛ كما أجاب به ابن السبكي ، ويشير إليه كلام « أصل الروضة »)^(٢) .

قوله : (ولا يضر التّكذيب في الجهة) أي : لا في أصل الإقرار ، فهذا مرتبط بقوله : (في إقراره له) بالعناية التي قررتها فيما مر .

قوله : (كله علي ألف من ثمن عبد) هذا صيغة الإقرار .

قوله : (فقال) أي : المقر له مكذباً للمقر في جهة إقراره .

قوله : (لا ، بل من ثمن جارية) أي : أمة فإن الأصح : لزومه ، ولا يضر التّخالف في الجهة ، ولو أقر له بعبد فأنكره . . لم يحكم بعقده ؛ لأنه محكوم برقه فلا يرفع إلا بيقين ، بخلاف اللقيط فإنه محكوم بحريته بالدار ، فإذا أقر ونفاه المقر له . . بقي على أصل الحرية .

قوله : (ولو صدقه) أي : المقر .

قوله : (المقر له بعد تكذيبه) أي : بعد تكذيب المقر له المقر في إقراره .

قوله : (أو أقام به بيّنة) أي : على أنه ملكه .

قوله : (لم ينزع) أي : المقر به .

(١) تحفة المحتاج (٥/٣٦٤) .

(٢) مغني المحتاج (٢/٣١٣) .

مِنْ يَدِ الْمُقَرِّ إِلَّا بِإِقْرَارٍ جَدِيدٍ . (وَصِيغَةُ الْإِقْرَارِ بِالَّذِينَ أَنْ يَقُولَ : عَلَيَّ) زَيْدٌ كَذَا (أَوْ فِي ذِمَّتِي) لَهُ كَذَا ؛ لِأَنَّ الدِّينَ هُوَ الْمُتَبَادَرُ مِنْ هَٰذَيْنِ عُرْفًا . نَعَمْ ؛ يَقْبَلُ فِي (عَلَيَّ) التَّفْسِيرُ بِالْوَدِيعَةِ . (وَ) لِلْإِقْرَارِ (بِالْعَيْنِ) صِيغٌ نَحْوُ : لَهُ (عِنْدِي) كَذَا ، (وَ) لَهُ (مَعِي) كَذَا ،

قوله : (من يد المقر إلا بإقرار جديد) أي : لأن نفي المقر له عن نفسه بطريق المطابقة ، بخلاف المقر فإن نفيه له عن نفسه بالالتزام ؛ يعني : الذي تضمنه إقراره لنغير ؛ إذ يلزم من إقراره به للنغير أنه ليس له فكان أضعف ، ولذا قبل رجوعه ، تأمل .

قوله : (وصيغة الإقرار بالدين ...) إلخ ؛ أي : الملتزم في الذمة ، وهذا إشارة إلى الركن الرابع ، وهي : الصيغة ، قال في « التحفة » : (وشرطها : لفظ أو كتابة من ناطق أو إشارة أخرس تشعر بالالتزام بحق)^(١) .

قوله : (أن يقول : علي لزيد كذا ، أو في ذمتي له كذا) في التعبير بـ (أو) دلالة على أن كلا منهما بانفرادها كاف في ذلك .

قوله : (لأن الدين هو المتبادر من هذين عرفاً) أي : فيحتملان عليه عند الإطلاق .

قوله : (نعم ؛ يقبل في « علي » التفسير بالوديعة) أي : بأن يقول : علي لزيد كذا لإمكانه ، فالمعنى : علي حفظها ، قال (ع ش) : (بخلاف ما لو قال : في ذمتي . . فلا يقبل منه إن ذكره منفصلاً ، لا فيما لو ذكره متصلاً على الأوجه)^(٢) .

قوله : (وللإقرار بالعين صيغ) أي : كثيرة ، وللإقرار بهما ؛ أي : الدين والعين لزيد ، كذا في (قبلي) بكسر القاف وفتح الباء ؛ لأنه صالح لهما ، هذا ما رجحه الشيخان^(٣) ، لكن قال الأسنوي : (إنه خلاف مذهب الشافعي ؛ فقد نص في « الأم » : أنه كعلي)^(٤) ، قال في « التحفة » : (فينصرف عند الإطلاق للدين)^(٥) .

قوله : (نحو : له عندي كذا ، وله معي كذا) أي : أو له لدي كذا ، قال الأسنوي : (ولو أتى بلفظ يدل على العين وآخر على الدين ؛ كأن قال : له علي ومعي عشرة . فالقياس : أنه يرجع إليه في تفسير بعض ذلك بالعين وبعضه بالدين) ، قال الرشدي : (كأن المراد : أن هذه الصيغة عند

(١) تحفة المحتاج (٣٦٥/٥) .

(٢) حاشية الشبراملي (٧٧/٥) .

(٣) الشرح الكبير (٢٩٦/٥-٢٩٧) ، روضة الطالبين (٣٦٥/٤) .

(٤) المهمات (٥٧٦/٥-٥٧٧) .

(٥) تحفة المحتاج (٣٦٦/٥) .

فَلَوْ ادَّعَى أَنَّهَا وَدِيعَةٌ وَأَنَّهَا تَلَفَتْ أَوْ رَدَّهَا . . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ . (وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَقْرَرِّ بِهِ أَلَّا يَكُونَ مِلْكًا لِلْمَقْرَرِّ) حَقِيقَةً وَأَنْ يَقْدَرَ عَلَى إِنْشَاءِ التَّصَرُّفِ فِيهِ

الإطلاق تكون إقراراً بالعين والدين معاً ، لكنه مبهم ؛ فيرجع إليه في تفسير مقدار العين ومقدار الدين ، وإلا . . فوضع الأول الدين والثاني العين ، فلا يحتاج في انصرافه إليهما إلى رجوع إليه ، وظاهر : أنه لو فسر ذلك بالعين فقط . . أنه يقبل (١) .

قوله : (فلو ادعى أنها ودیعة . . .) إلخ ، تفريع على كون ذلك للعين ، وعبرة « الأسنى » : (والمراد بكونها للعين : أنها تحمل على الودیعة ؛ لأنها أدنى المراتب ، حتى لو ادعى أنها ودیعة . . . إلخ ما ذكره الشارح هنا ، ثم قال : صرح بذلك في « الروضة » نقلاً عن البغوي وأقره ، وقول الزركشي : لا معنى لاقصراره على التفسير بالودیعة ، بل التفسير بالمغصوبة كذلك . . لم يقع في محله ؛ إذ ليس الكلام في التفسير ، بل في أن ذلك عند الإطلاق يحمل على ماذا ؟) تدبر (٢) .

قوله : (أو ردها) أي : أو ادعى أنه رد تلك الودیعة ، قال (ع ش) : (أي : بعد ذلك في زمن يمكن فيه الرد) (٣) .

قوله : (صدق بيمينه) أي : المقر ؛ جواب (لو . . .) إلخ ، قال الجمل : (كيف هذا مع قوله : معي أو عندي وفي حالة التلف أو الرد لم تكن معه ولا عنده ؟ ! إلا أن يقال : يصدق عليه أنها معه أو عنده باعتبار ما كان ، تأمل ، والصواب : تصوير ذلك بما إذا ادعى التلف أو الرد بعد الإقرار لا قبله . . .) إلخ (٤) ، ومرفى كلام (ع ش) ما يفيد .

قوله : (ويشترط في المقر به . . .) إلخ ، هذا شروع في بيان شروط الركن الرابع ، قال في « حاشية الروض » : (حـ) المقر به : ما جاز المطالبة به ، وقيل : ما جاز الانتفاع به ، وصححه الماوردي ، قال القمولي : وهو أصح (٥) .

قوله : (ألا يكون ملكاً للمقر حقيقة) أي : حين يقر ؛ لأن الإقرار ليس بإزالة ملك ، بل إخبار عن كونه ملكاً للمقر له فيجب تقديم المخبر عنه على الخبر .

قوله : (وأن يقدر على إنشاء التصرف فيه) أي : في المقر به استقلالاً ؛ لإقراره بعنق رقيقه ،

(١) حاشية الرشيد (٧٧/٥) .

(٢) أسنى المطالب (٢٩٦/٢) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٧٧/٥) .

(٤) فتوحات الوهاب (٢٨/٣ - ٤٢٩) .

(٥) حواشي الرملي على شرح روض (٢٩٣/٢) .

(فَلَوْ قَالَ : ثَوْبِي ، أَوْ دِينِي ، أَوْ عَبْدِي لِزَيْدٍ . لَمْ يَصِحَّ) لِأَنَّ الْإِضَافَةَ تَنْتَضِي الْمِلْكَ لَهُ بَلْ ظَاهِرَةٌ فِيهِ ، فَنَافَتْ الْإِقْرَارَ بِهِ لغيرِهِ . نَعَمْ ؛ إِنْ أَرَادَ بِهِ الْإِقْرَارَ . . . صَحَّ لِحْمَلِ الْإِضَافَةِ حِينَئِذٍ عَلَى السَّكْنَى أَوْ الْمَلَابَسَةِ ؛ فَإِنْ قَالَ : دَارِي أَلَّتِي هِيَ مِلْكِي . . . لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ إِرَادَةُ الْإِقْرَارِ ؛ لِتَنَاقُضِ الصَّرِيحِ ، . .

بخلاف ما لا يقدر على إنشائه فيه ؛ كإقراره بعق رقيق غيره ، أو يقدر عليه لا استقلالاً ؛ كإقرار ولي الشيب بنكاحها .

فعلَمَ : أَنْ نَفُوزَ الْإِقْرَارَ حَالاً مُخْتَصِصَ بِمَا يَقْدِرُ عَلَى إِنْشَاءِ التَّصَرُّفِ فِيهِ اسْتِقْلَالاً ، وَأَنْ نَفُوزَهُ فِي الْجُمْلَةِ لَا يَخْتَصُّ بِذَلِكَ ؛ لِمَا سَيَأْتِي ، تَأْمَلْ .

قوله : (فَلَوْ قَالَ) أَي : المقر ، تفريع على قوله : (أَلَا يَكُونُ مِلْكاً . . .) إلخ .

قوله : (ثَوْبِي - أَوْ دِينِي ، أَوْ عَبْدِي - لِزَيْدٍ) أَي : أَوْ مَالِي مَالِهِ . « حَاشِيَةُ الرُّوضِ » (١) .

قوله : (لَمْ يَصِحَّ) أَي : هَذَا الْإِقْرَارُ .

قوله : (لِأَنَّ الْإِضَافَةَ) أَي : إِلَيْهِ ، وَلَمْ يَكُنِ الْمُضَافُ مُشْتَقّاً وَلَا فِي حُكْمِهِ ؛ كَمَا فِي الْأَمْثَلَةِ الْمَذْكُورَةِ ، وَالْأ . . . أَفَادَتِ الْاِخْتِصَاصَ ؛ كَمَا سَيَأْتِي فِي (مَسْكِنِي لَهُ) .

قوله : (تَنْتَضِي الْمِلْكَ لَهُ ، بَلْ ظَاهِرَةٌ فِيهِ) أَي : وَمَا أَتَى بِهِ جُمْلَةٌ وَاحِدَةٌ .

قوله : (فَنَافَتْ الْإِقْرَارَ بِهِ لغيرِهِ) أَي : إِذْ هُوَ إِخْبَارٌ عَنْ حَقِّ سَابِقٍ عَلَيْهِ كَمَا مَرَّ ، فَلَمَّا كَانَ قَوْلُهُ :

(لِزَيْدٍ) لَا يَسْتَقِلُّ بِالْإِفَادَةِ ، وَقَدْ تَقَدَّمَ مَا يُلْغِيهِ ، وَهُوَ : (ثَوْبِي) . . . بَطْلٌ لِأَجْلِ ذَلِكَ .

قوله : (نَعَمْ ؛ إِنْ أَرَادَ بِهِ) أَي : بِمَا ذَكَرَ مِنْ قَوْلِهِ : (ثَوْبِي لِزَيْدٍ) (الْإِقْرَارُ) .

قوله : (صَحَّ) أَي : الْإِقْرَارُ كَمَا قَالَهُ الْبُغْوِيُّ وَاعْتَمَدُوهُ ، وَيَكُونُ إِقْرَارُ الزَّيْدِ بِالْدارِ .

قوله : (لِحْمَلِ الْإِضَافَةِ حِينَئِذٍ) أَي : حِينَ إِذْ أَرَادَ بِهِ الْإِقْرَارُ .

قوله : (عَلَى السَّكْنَى أَوْ الْمَلَابَسَةِ) أَي : فَمَرَادُهُ بِالْإِضَافَةِ فِي دَارِي : إِضَافَةُ سَكْنَى ، قَالَ الْأَذْرَعِيُّ : (وَيَتَجَهَّ : أَنْ يَسْتَفْسَرَ عِنْدَ إِطْلَاقِهِ وَيَعْمَلُ بِقَوْلِهِ) .

قوله : (فَإِنْ قَالَ : دَارِي الَّتِي هِيَ مِلْكِي) أَي : لِزَيْدٍ مَثَلًا .

قوله : (لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ إِرَادَةُ الْإِقْرَارِ ؛ لِلتَّنَاقُضِ الصَّرِيحِ) كَذَا فِي « الْأَسْنَى » وَغَيْرِهِ (٢) ، وَبِحِثِّ

بَعْضِهِمْ قَبُولَ إِرَادَتِهِ ذَلِكَ ؛ حَمَلًا لَهُ عَلَى الْمَجَازِ ؛ يَعْنِي : أَنَّ الدَّارَ الَّتِي كُنْتُ مِلْكِي قَبْلَ لِزَيْدِ الْآنَ ، غَايَتُهُ : أَنَّهُ أَضَافَهَا لِنَفْسِهِ بِاعْتِبَارِ مَا كَانَ أَوْ فِي ظَاهِرِ الْحَالِ ، فَلْيَتَأْمَلْ (٣) .

(١) حواشي الرمل على شرح الروض (٢٩٣/٢) .

(٢) أسنى المطالب (٢٩٣/٢) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٨١/٥ - ٨٢) .

ويصح : (مسكني له) إذ لا تنافي . (وَلَوْ أَقْرَ بِشَيْءٍ بِيَدٍ غَيْرِهِ . . لَمْ يُؤَاخِذْ بِهِ إِلَّا إِنْ صَارَ فِي يَدِهِ)
فَمَنْ قَالَ لغيره : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ ، أو شهد عليه أَنَّهُ أَعْتَقَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ . . كَانَ مِنْهُ
استفداء ، فلا يثبت له شيء من أحكام البيع ، ومن ألبائع بيع

قوله : (ويصح : مسكني له) أي : لزيد مثلاً .

قوله : (إذ لا تنافي) أي : فإن الإنسان قد يسكن ملك غيره ، وكذا يصح إن قال : هو لزيد
وكان ملكي إلى أن أقررت به ؛ لأن أول كلامه إقرار وآخره لغو ؛ فيطرح آخره ويعمل بأوله لكونه
مشمئلاً على جملتين مستقتين ؛ إذ ليست إحداهما صفة للأخرى .

قال العناني : (والحاصل : أنه إذا أتى بجملتين إحداهما تضره والأخرى تنفعه . . عمل بما
يضره منهما سواء تقدم أو تأخر ، وإن أتى بجملة واحدة فيها ما يضره وما ينفعه . . لغت إن قدم
المانع ؛ كقوله : داري لفلان) نقله الجمل^(١) .

قوله : (ولو أقر بشيء بيد غيره) أي : المقر ، وهذا إشارة إلى شرط للمقر به ، وهو : أن
يكون بيد المقر ولو مآلاً ، وبهذا صرح في « المنهج » .

قوله : (لم يؤاخذ به) أي : بإقراره .

قوله : (إلا إن صار في يده) أي : المقر ؛ إذ يشترط في الحكم بثبوت [ملك] المقر له أن يكون
المقر به تحت يد المقر وتصرفه حساً أو شريعاً ، وإلا . . كان كلامه إما دعوى عن الغير بغير إذنه أو
شهادة بغير لفظها ، لكنه إذا حصل في يده . . لزمه تسليمه إليه ؛ لوجود شرط العمل به .

قوله : (فمن قال لغيره : أعتقت عبدك) أي : أو أقر بحرية شخص بيد غيره .

قوله : (أو شهد عليه أنه أعتقه) أي : عبده ولم يصدقه في الصورتين .

قوله : (ثم اشتراه منه أو من غيره) أي : لنفسه أو ملكه بوجه آخر ؛ كالإرث والوصية ، أما لو
اشتراه بطريق الوكالة . . فلا يؤثر ؛ لأن الأصح : أن الملك يقع ابتداء للموكل .

قوله : (كان منه استفداء) أي : للعبد ؛ لاعترافه بحريته فهو مانع من جعله بيعاً من جهته .

قوله : (فلا يثبت له شيء من أحكام البيع) أي : الشراء ؛ كالخيار وغيره ، وإنما صح هذا
الشراء ؛ تنزيلاً للعقد على قول من صدقه الشرع وهو البائع لكونه ذا يد ، واستنقازاً للعبد من أسر
الرق .

قوله : (ومن البائع بيع) أي : عملاً باعتقاده .

فِيثَبُّ لَهُ أَحْكَامُ الْبَيْعِ كُلِّهَا . (وَيَصِحُّ إِقْرَارُ بِالْمَجْهُولِ) كَشْيءٍ ، وَيَلْزَمُهُ تَنْسِيرُهُ ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ

قوله : (فيثبت له أحكام البيع كلها) أي : كالخيارين : المجلس والشرط ، والفسخ بالعيب ، فلو رد الثمن المعين بعيب . . فله استرداد العبد ، بخلاف ما لو باع عبداً وأعتقه المشتري فرد الثمن المعين بعيب . . لا يسترد العبد ، بل يأخذ قيمته من المشتري ؛ لاتفاقهما على عتقه ، ولو كان بيد كل من اثنين عبد فقال كل منهما للآخر : أعتقت عبدك فأنكر ثم تبادل أحدهما الآخر . . صح ، ويكون فداء من كل منهما ؛ لأنه يعتقد أن عبد الآخر حر لا يصح عند البيع عليه . انتهى من « الأسنى » ملخصاً^(١) .

قوله : (ويصح إقرار بالمجهول) أي : لأي شخص كان إجماعاً سواء أكان ابتداء أم جواباً عن دعوى ؛ لأن الإقرار إخبار عن حق سابق ، والشئ يخبر عنه مفصلاً [تارة] ومجماً أخرى ؛ إما للجهل به ، أو لثبوته مجهولاً بوصية أو نحوها ، أو لغير ذلك ، ويخالف الإنشاءات حيث لا تحتمل الجهالة ؛ احتياطاً لابتداء الثبوت ، وتحرزاً عن الغرر .

قوله : (كشيء) أي : وكذا أحد العبدین ؛ فإن المراد بـ (المجهول) : ما يعم المبهم كما نبه عليه السبكي .

قوله : (ويلزمه) أي : المقر .

قوله : (تفسيره) أي : المجهول ، فإن مات قبل التفسير . . فسر وارثه ، فإن امتنع . . فقليل : يوقف أقل متمول من التركة ، والأظهر : جميعها ؛ لأنها مرهونة بالدين كذا علله ، الرافي^(٢) ، وهو قاصر على الدين ، وقد استشكله بعض المحققين بأن تفسير الشيء بنحو السرجين مقبول ، فلم يتيقن وجوب مال فضلاً عن كونه ديناً مقتضياً للرهن ، فلا يستقيم القول بلوقف في شيء أصلاً^(٣) ، لكن قال ابن العماد : (هذا معارض بمثله ، فيقال : لم يتحقق عدم [إدارة] المال فيمنع التصرف في الجميع وإن احتمل البعض ؛ احتياطاً ، فما كان جوابكم فهو جوابنا ، ومشارك الإلزام ساقط) ، قيل : (قد يرجح الأول بأن الأصل : عدم الحجر ، وإطلاق تصرف المالك كالورثة)^(٤) ، وعورض بأصل الاحتياط في حق المقر له والوارث متمكن من البيان فهو المقصر ، تدبر .

قوله : (فإن امتنع) أي : المقر من تفسير المقر به المجهول .

(١) أسنى المطالب (٢/٢٩٤-٢٩٥) .

(٢) الشرح الكبير (٣٠٥/٥) .

(٣) انظر « كفاية النيه » (١٩/٣٧٢) ، و« الغرر البهية » (٥/٥٨٢) .

(٤) انظر « حاشية ابن قاسم على الغرر » (٥/٥٨٢) .

ولم تُمكن معرفته بغير مراجعته ولو بطريق الحساب البعيدة . . . حُسِبَ إلى أن يُفسره كالممتنع من أداء
الدين ؛ (فإن قال : له علي شيء) أو كذا (وفسره بحب) من نحو خردل ،

قوله : (ولم تمكن معرفته بغير مراجعته) أي : بخلاف ما إذا أمكن معرفته بغير مراجعته ؛
كقوله : له علي من الدراهم زنة هذه الصنجة أو قدر ما باع به فلان فرسه . . فإنه لا يحبس ، بل
يرجع إلى ما أحال عليه .

قوله : (ولو بطرق الحساب البعيدة) أي : فإن أتى بطريق يمكن معرفتها بالحساب . . لم يحبس
أيضاً ؛ وذلك كأن يقول : لزيد علي ألف إلا نصف ما لعمرى علي ، ولعمرى علي ألف إلا ثلث
ما لزيد علي . . فهذا مجهول يمكن معرفته بطريق الحساب ، وهي : أن لزيد ست مئة ولعمرى ثمان
مئة ، وإيضاحه : أن تفرض لزيد شيئاً وتقول : لعمرى ألف إلا ثلث شيء ؛ فتسقط نصفه من ألف
زيد يبقى خمس مئة ، وسدس شيء يعدل الشيء ، فتسقط سدس شيء بمثله تبقى خمسة أسداس
شيء ، تعدل خمس مئة ، فالشيء ست مئة ، وهو ما لزيد ، ولعمرى ثمان مئة ، والحاصل : أن
ست مئة ألف إلا نصف ثمان مئة ، وثمان مئة ألف إلا ثلث ست مئة ، وله طرق أخرى في
المطلوبات .

قوله : (حبس إلى أن يفسره) أي : المجهول ؛ جواب (فإن امتنع . . .) إلخ .
قوله : (كالممتنع من أداء الدين) أي : بل أولى ؛ لأنه لا وصول لمعرفة إلا منه ، بخلاف
الدين ؛ إذ يمكن أدائه ؛ بأن يبيع الحاكم ماله .
قوله : (فإن قال) أي : المقر .

قوله : (له علي شيء) هو أعم النكرات ، وخرج بقوله : (له علي) : ما لو قال : له في ذمتي
شيء ثم فسر به بقلب أو خنزير أو حبة حنطة أو نحوها . . لم يقبل ؛ لأنها لا تثبت في الذمة وإن كان
المقر ممن يرى بيع الكلب كالشاة . انتهى من « حاشية الروض »^(١) .

قوله : (أو كذا) أي : أو قال : له علي كذا ، وهي في الأصل مركبة من كاف التشبيه واسم
الإشارة ، ثم نقلت فصار يكنى بها عن العدد وغيره ، ويجوز استعمالها في النوعين مفردة ومركبة
ومعطوفة ، تقول : نزلنا بدار كذا وبكذا كذا ، أو بكذا وكذا ، وهكذا في العدد .

قوله : (وفسره بحبة) أي : وإن لم تتمول في الأصح .

قوله : (من نحو خردل) هو حب شجر معروف من أصغر الحبوب .

(١) حواشي الرمل على شرح الروض (٢ / ٢٩٩) .

أَوْ قَمَعَ بِاذْنِجَانٍ ، أَوْ بَحْدَ قَذْفٍ ، (أَوْ بِنَجْسٍ يُقْتَنَى) كَكَلْبٍ قَابِلٍ لِلتَّعْلَمِ وَخَمْرِ مُحْتَرَمَةٍ ، وَمِيتَةٍ لِمُضْطَرٍّ (.. قَبْلَ) لِأَنَّ الْحَبَّةَ مِنْ جِنْسٍ مَا يَتَمَوَّلُ ، وَمِنْ ثَمَّ كَفَرَ مُسْتَحْلُهَا وَمَا بَعْدَهَا مِنْ الْأَخْتِصَاصِ الَّذِي يَجِبُ رَدُّهُ ، بِخِلَافِ مَا لَا يُقْتَنَى ؛ كَخَنْزِيرٍ ، وَخَمْرِ غَيْرِ مُحْتَرَمَةٍ ، وَنَلْبٍ لَا يَنْفَعُ

قوله : (أَوْ قَمَعَ بِاذْنِجَانٍ) هو ما التزق بأسفل الباذنجان .

قوله : (أَوْ بَحْدَ قَذْفٍ) أي : أَوْ حَقَّ شَفْعَةٍ أَوْ رَدٍّ وَدِيعَةٍ .

قوله : (أَوْ بِنَجْسٍ يُقْتَنَى) أي : يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ .

قوله : (كَكَلْبٍ قَابِلٍ لِلتَّعْلِيمِ) أي : لِلصَّيْدِ أَوْ لِلْحِرَاسَةِ .

قوله : (وَخَمْرٍ مُحْتَرَمَةٍ) أي : وَجِلْدِ مِيتَةٍ يَطْهَرُ بِالدِّبَاغِ .

قوله : (وَمِيتَةٍ لِمُضْطَرٍّ) هَذَا مَا قَالَهُ الْإِمَامُ وَعَاطَمَدُوهُ^(١) ، وَقَالَ الْقَاضِي : (لَا يَقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ

لَا تَثْبِتُ عَلَى ذَلِكَ) .

قوله : (قَبْلَ) أي : تَفْسِيرُ الشَّيْءِ الْمَقْرَبِ أَوْ كَذَا بِمَا ذَكَرَ مِنَ الْحَبَّةِ وَمَا بَعْدَهَا .

قوله : (لِأَنَّ الْحَبَّةَ مِنْ جِنْسٍ مَا يَتَمَوَّلُ) أي : يَتَّخِذُ مَالاً ، وَضَبَطَ الْإِمَامُ مَا يَتَمَوَّلُ بِمَا يَسُدُّ مَسَدًا

أَوْ يَقَعُ مَوْقِعًا يَحْصُلُ بِهِ جَلْبُ نَفْعٍ أَوْ دَفْعُ ضَرَرٍ ، وَنَظَرَ فِيهِ الْأَذْرَعِي ، وَرَدَّ بِأَنَّ الْمُرَادَ بِالْأَوَّلِ : مَا لَهُ قِيَمَةٌ عَرَفًا وَإِنْ قَلَّتْ جَدًّا ؛ كَفَلَسَ .

وَالْحَاصِلُ : أَنَّ كُلَّ مَتَمَوَّلٍ مَالٍ ، وَلَا يَنْعَكُسُ ؛ كَحَبَّةٍ بَرٍّ ، وَلَا يَخَالِفُ مَا قَالُوهُ فِي الْبَيْعِ مِنْ أَنَّهَا

لَا تَعْدُ مَالًا ؛ فَإِنْ كَوْنُهَا لَا تَعْدُ مَالًا لِعَدَمِ تَمَوَّلِهَا لَا يَنْفِي كَوْنُهَا مَالًا ؛ كَمَا يُقَالُ : زَيْدٌ لَا يَعْدُ مِنَ الرِّجَالِ وَإِنْ كَانَ رَجُلًا ، تَأَمَّلْ .

قوله : (وَمِنْ ثَمَّ) أي : مِنْ أَجْلِ كَوْنِ الْحَبَّةِ مِنْ جِنْسِ الْمَتَمَوَّلِ .

قوله : (كَفَرَ مُسْتَحْلُهَا) أي : مُعْتَقِدُ حُلِّ أَخْذِ الْحَبَّةِ مِنَ الْغَيْرِ ظُلْمًا ؛ كَمَا ذَكَرُوهُ فِي (بَابِ

الرَّدَّةِ) .

قوله : (وَمَا بَعْدَهَا) أي : وَلِأَنَّ مَا بَعْدَ الْحَبَّةِ مِنَ النِّجْسِ الَّذِي يُقْتَنَى .

قوله : (مِنْ الْأَخْتِصَاصِ الَّذِي يَجِبُ رَدُّهُ) يَعْنِي : الَّذِي يَحْرُمُ اخْذُهُ ، وَيَجِبُ رَدُّهُ لِكَوْنِهِ

مُحْتَرَمًا ، وَيَصْدُقُ عَلَيْهِ اسْمُ الشَّيْءِ .

قوله : (بِخِلَافِ مَا لَا يُقْتَنَى) أي : بِخِلَافِ شَيْءٍ لَا يَحِلُّ اقْتِنَاؤُهُ .

قوله : (كَخَنْزِيرٍ وَخَمْرِ غَيْرِ مُحْتَرَمَةٍ وَكَلْبٍ لَا يَنْفَعُ) أي : بِوَجْهِ لَا حَالًا وَلَا مَالًا ، وَجِلْدِ

(وَالْإِقْرَارُ بِالظَّرْفِ لَا يَكُونُ إِقْرَارًا بِالْمَظْرُوفِ ، وَعَكْسُهُ كَذَلِكَ) أي : الإقرارُ بِالْمَظْرُوفِ لَا يَكُونُ إِقْرَارًا بِالظَّرْفِ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَعْتَمِدُ الْيَقِينَ - أي : الظَّنَّ الْقَوِيَّ - وَهُوَ مُتَخَلِفٌ هُنَا (فَلَوْ قَالَ : عِنْدِي لَهُ ثُوبٌ فِي صُنْدُوقٍ)

لا يظهر بالدبغ ، وميتة لا يحل أكلها ، فلا يقبل تفسيره بواحد من هذه الأمور ؛ لأن (علي) تقتضي ثبوت حق وليس أيها حق ولا اختصاص ، قال في « التحفة » : (وبحث السبكي قبول تفسيره بخنزير وخمر إذا أقر لذمي ؛ لأنه يقر عليهما إذا لم يظهرهما ويجب ردهما له ، قال : لكنهم أطلقوا هنا عدم القبول ولم يفرقوا بين مسلم وذمي ، واعترض بما فيه نظر ، والأوجه ما بحثه ، ومن ثم اعتمده الأسنوي وغيره)^(١) .

قوله : (والإقرار بالظرف لا يكون إقراراً بالمظروف ، وعكسه كذلك) لم يفرقوا بين ما يتصل بظرفه خلقة وعادة وما ينفصل عنه ، وشمل كلامه كـ « أصله » أي : « الروضة » - ما لو أضاف الظرف ؛ كقوله : له علي قوصرة تمر^(٢) وغمد سيف وإن قال بعضهم : إنه إقرار بهما . « حواشي الروض »^(٣) .
قوله : (أي : الإقرار بالمظروف لا يكون إقراراً بالظرف) تفسير لقوله : (وعكسه كذلك) .

قوله : (لأن الإقرار يعتمد اليقين) تعليل للصورتين .

قوله : (أي : الظن النوي) أي : لا بمجرد الظن والشك ، وفي هذا التعليل إشارة إلى قاعدة من قواعد الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه ، وهو قوله : (أصل ما أبني عليه الإقرار أن ألزم اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة)^(٤) ، قالوا : والمراد بـ (اليقين) في كلامه : ما يشمل الظن القوي ، ولهذا : قال في موضع آخر : (ولا ألزمه إلا ظاهر ما أقر به بيناً وإن سبق إلى القلب غير ظاهر ما قاله)^(٥) ، وليس المراد بـ (اليقين) هنا : ما انتفت عنه الاحتمالات العشرة .

قوله : (وهو) أي : اليقين بالمعنى المذكور .

قوله : (متخلف هنا) أي : لكونه مشكوكاً فيه ؛ فإن الظرف غير المظروف كعكسه .

قوله : (فلو قال : عندي له ثوب في صندوق) بالضم وقد يفتح ، والزندوق والسندوق لغات ، الجمع : صناديق . « قاموس »^(٦) .

(١) تحفة المحتاج (٣٧٦/٥)

(٢) في الأصل : (خمر) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٠٥/٢) .

(٤) الأم (٥٥١/٧) .

(٥) الأم (٤٩٨/٤) .

(٦) القاموس المحيط (٣٧١/٣) ، مادة : (صندوق) .

أَوْ فَصٌّ أَوْ حَلِيٌّ فِي خَاتَمٍ ، أَوْ زَيْتٌ فِي جَرَّةٍ (. . لَمْ يَكُنْ مُقَرَّراً بِالصُّنْدُوقِ) وَالْخَاتَمِ وَالْجَرَّةِ . (أَوْ أَقَرَّ بِالصُّنْدُوقِ أَوْ الْخَاتَمِ أَوْ الْجَرَّةِ . . لَمْ يَكُنْ مُقَرَّراً بِمَا فِيهِ) وَفِي : فَرَسٌ عَلَيْهِ سَرَجٌ ، وَأُمَةٌ بِيْطْنُهَا حَمْلٌ . . يَلْزِمُهُ الْفَرَسُ وَالْأُمَةُ فَقَطْ . وَفِي : سَرَجٌ عَلَى فَرَسٍ ، وَحَمْلٌ فِي بَطْنِ أُمَةٍ . . يَلْزِمُهُ السَّرَجُ وَالْحَمْلُ فَقَطْ ، وَفِيمَا إِذَا أُطْلِقَ ؛ كَخَاتَمٍ أَوْ أُمَةٍ أَوْ شَجَرَةٍ

قوله : (أَوْ فَصٌّ أَوْ حَلِيٌّ فِي خَاتَمٍ أَوْ زَيْتٌ فِي جَرَّةٍ) أَي : أَوْ سَيْفٌ فِي غَمْدٍ .

قوله : (لَمْ يَكُنْ مُقَرَّراً بِالصُّنْدُوقِ وَالْخَاتَمِ وَالْجَرَّةِ) أَي : وَالْغَمْدِ : أَي : بَلْ إِنَّمَا أَقَرَّ بِالثَّوبِ وَالْفَصِّ وَالزَّيْتِ وَالسَّيْفِ فَقَطْ .

قوله : (أَوْ أَقَرَّ بِالصُّنْدُوقِ أَوْ الْخَاتَمِ أَوْ الْجَرَّةِ) أَي : كَانَ يَقُولُ : لَهُ عِنْدِي صُنْدُوقٌ فِيهِ ثَوْبٌ ، أَوْ خَاتَمٌ فِيهِ فَصٌّ ، أَوْ جَرَّةٌ فِيهَا زَيْتٌ .

قوله : (لَمْ يَكُنْ مُقَرَّراً بِمَا فِيهِ) أَي : مِنْ الثَّوبِ وَالْفَصِّ وَالزَّيْتِ . فَالْوَاجِبُ إِنَّمَا هُوَ الظَّرْفُ وَحْدَهُ ؛ لَمَّا مَرَّ .

قوله : (وَفِي فَرَسٍ عَلَيْهِ سَرَجٌ) أَي : فِي قَوْلِ الْمُقَرَّرِ : لَهُ عِنْدِي فَرَسٌ عَلَيْهِ سَرَجٌ ، أَوْ فِي حَافِرِهَا نَعْلٌ .

قوله : (وَأُمَةٌ بِيْطْنُهَا حَمْلٌ) أَي : لَهُ عِنْدِي أُمَةٌ . . . إلخ ، قَالَ فِي « التَّحْفَةِ » : (أَوْ شَجَرَةٍ عَلَيْهَا ثَمَرَةٌ)^(١) .

قوله : (يَلْزِمُهُ الْفَرَسُ وَالْأُمَةُ فَقَطْ) أَي : لَا السَّرَجُ وَلَا الْحَمْلُ ، وَكَذَا النُّعْلُ وَالثَّمَرَةُ ؛ لَمَّا مَرَّ .

قوله : (وَفِي سَرَجٍ عَلَى فَرَسٍ وَحَمْلٌ فِي بَطْنِ أُمَةٍ) أَي : وَنَعْلٌ فِي حَافِرِ فَرَسٍ ، وَثَمَرَةٌ عَلَى شَجَرَةٍ .

قوله : (يَلْزِمُهُ السَّرَجُ وَالْحَمْلُ فَقَطْ) أَي : لَا الْفَرَسُ وَلَا الْأُمُّ وَلَا الشَّجَرَةُ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ : لَهُ عِنْدِي فَرَسٌ بِسَرَجِهَا أَوْ ثَوْبٌ مَطْرُزٌ . . لَزِمَهُ الْجَمِيعُ ؛ لِأَنَّ الْبَاءَ بِمَعْنَى : (مَعَ) ، وَالطَّرَازُ جُزْءٌ مِنَ الثَّوبِ بِاعْتِبَارِ لَفْظِهِ وَإِنْ كَانَ [فِي] الْوَاقِعِ مَرْكَباً عَلَيْهِ ، وَيَحْتَثُّ أَنْ قَوْلُهُ : عَلَيْهِ طَرَّازٌ كَقَوْلِهِ : مَطْرُزٌ ، وَالْمُعْتَمَدُ : خِلَافُهُ ، بَلْ هُوَ مِثْلُ خَاتَمٍ عَلَيْهِ فَصٌّ^(٢) .

قوله : (وَفِيمَا إِذَا أُطْلِقَ) أَي : الْمَقَرَّرُ .

قوله : (كَخَاتَمٍ أَوْ أُمَةٍ أَوْ شَجَرَةٍ) أَي : كَانَ يَقُولُ : لَهُ عِنْدِي خَاتَمٌ فَكَانَ فِيهِ فَصٌّ ، أَوْ لَهُ عِنْدِي أُمَةٌ فَكَانَتْ حَامِلاً ، أَوْ لَهُ عِنْدِي شَجَرَةٌ فَكَانَ فِيهَا ثَمَرَةٌ .

(١) تحفة المحتاج (٣٨٦/٥) .

(٢) انظر « مغني المحتاج » (٣٢٥/٢) .

يَتَّبِعُ الْخَاتَمَ الْفَصُّ ؛ لِتَنَاقُضِهِ لَهُ ، لَا لِلأُنْثَى الْحَمْلُ ، وَلَا لِلشَّجَرَةِ الثَّمَرَةُ . (وَلَوْ أَقَرَّ بِدِرْهَمٍ مَرَّاتٍ كَثِيرَةً . . لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا دِرْهَمٌ) وَاحِدٌ وَإِنْ ذَكَرَهَا فِي تَوَارِيخٍ مُتَعَدِّدَةٍ أَوْ بِلُغَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ ؛

قوله : (يتبع الخاتم النص) أي : فيدخل الفصل في الخاتم المقرب به .
قوله : (لتناوله له) أي : تناول اسم الخاتم للفصل ، فلو قال : لم أرد الفصل . . لم يقبل منه ؛
لأنه رجوع عن بعض ما أقر به ، وإنما لم يتناوله في خاتم فيه فص ؛ لقرينة الوصف الموقع في الشك .

قوله : (لا للأُنْثَى الحمل) أي : لا يتبع الحمل للأم ؛ لأنها لا تتناوله ، بخلاف البيع ؛ لأن الإقرار إخبار عن حق سابق كما مر ، وربما كانت الأم له دون الحمل ؛ بأن كان موصى به ، ولهذا لو قال : هذه الدابة لفلان إلا حملها . . صح ، ولو قال : بعثتها إلا حملها . . لم يصح .
قوله : (ولا للشجرة الثمرة) أي : ولا تتبع الثمرة الشجرة في الإقرار بها ؛ فهي كالأم والثمرة كالحمل ، قال في « الأنوار » نقلاً عن القفال وغيره : (والضابط : أن ما يدخل تحت مطلق البيع يدخل تحت الإقرار ، وما لا فلا إلا الثمرة غير المؤبرة والحمل والجدار)^(١) أي : فإنها تدخل في البيع ، ولا تدخل في الإقرار ؛ لبنائه على اليقين وبناء البيع على العرف .

قوله : (ولو أقر بدرهم مرات كثيرة) المراد : أن المقر كرر الدرهم في إقراره بغير عطف ؛ كأن يقول : له علي درهم درهم ولو زاد في التكرير على ذلك ألف مرة .
قوله : (لم يلزمه إلا درهم واحد) أي : لأن التكرير محتمل للتأكيد ولم يوجد ما يصرفه عنه ، بخلاف ما لو كرر ذلك بالعطف بالواو وثم ؛ لاقتضاء العطف التغاير ، قال في « التحفة » : (وكذا الفاء إن أراد العطف ، ويسرق بينها وبين ثم بأن « ثم » لمحض العطف ، والفاء كثيراً ما تستعمل للتفريع وتزيين اللفظ ومقترنة بجزء حذف شرطه ؛ أي : فيفرع على ذلك : درهم يلزمني له ، أو إن أردت معرفة ما يلزمني بهذا الإقرار . . فهو درهم ، فتعين القصد فيها كما هو شأن سائر المشتريات ، وفرق بغير ذلك لكن ضعفه الرافعي)^(٢) .

قوله : (وإن ذكرها) أي : الدراهم المكررة في الإقرار .
قوله : (في تواريخ متعددة أو بلغات مختلفة) أي : وكان بين يدي الحاكم ؛ لاحتماله التأكيد وإن لم يقصده فيما يظهر . فإن قصد الاستئناف . . تعدد بحسب المرات ، قاله في « الفتح »^(٣) ،

(١) الأنوار (٥٠٩/١) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٨٩/٥) .

(٣) فتح الجواد (٥٣٦/١) .

لأنَّ الإقرارَ إخبارٌ وتعدُّدٌ لا يقتضي تعدُّدَ المُخْبِرِ عنه (فَلَوْ اخْتَلَفَ الْقَدْرُ . دَخَلَ الْأَقْلُ فِي الْأَكْثَرِ)
 لَأَنَّهُ الْمُسْتَيَقِنُ . (وَلَوْ وَصَفَهُمَا بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ) كَأَلْفِ صَحَاحٍ أَوْ حَالِدٍ ، وَأَلْفِ مُكْسَرَةٍ أَوْ مُعْجَلَةٍ
 (أَوْ أَسْنَدَهُمَا إِلَى جِهَتَيْنِ ؛ كَثْمَنِ وَقَرْضٍ) وكَأَلْفٍ مِنْ ثَمَنِ عِيدٍ ، وَأَلْفٍ مِنْ ثَمَنِ أُمَةٍ (أَوْ قَالَ :
 قَبَضْتُ) منه (يَوْمَ السَّبْتِ عَشْرَةً ثُمَّ قَالَ : قَبَضْتُ) منه (يَوْمَ الْأَحَدِ عَشْرَةً . لَزِمَهُ الْمَالَانِ)

ومرادده بـ (الاستئناف) : عدم التأكيد ؛ إذ الاستئناف اصطلاحاً خاص بالجملة . انتهى « شربيني
 على الغرر »^(١) .

قوله : (لأن الإقرار إخبار) أي : عن حق سابق ، لهذا تعليل للمتن .
 قوله : (وتعدده لا يقتضي تعدد المخبر عنه) أي : وبهذا فارق الإنشاء فهو أقوى وأسرع
 نفوذاً ، ولهذا : يتعدد بالتلفظ به في يومين مثلاً .
 قوله : (فلو اختلف القدر) أي : المقر به في اليومين مثلاً ولم يتعذر دخول أحد الإقرارين في
 الآخر ؛ كأن أقر في يوم بألف وفي آخر قبله أو بعده بخمس مئة .
 قوله : (دخل الأقل في الأكثر) أي : ففي المثال المذكور لزمه ألف فقط لا ألف وخمس مئة .
 قوله : (لأنه المستيقن) أي : لاحتمال أنه ذكر بعض ما أقر به في أحدهما مع إمكان الجمع بين
 الإقرارين .

قوله : (ولو وصفهما) أي : المقر بهما .
 قوله : (بصفتين مختلفتين) أي : بحيث يتعذر الجمع بينهما ، ولا حاجة لقوله :
 (مختلفتين) وإن ذكره الشيخان^(٢) ؛ فإن الصفتين لا تكونان إلا مختلفتين ، كما لم يحتج إليه في
 الجهتين الآتي ؛ إذ لم يقل فيهما : (مختلفتين) لأنهما لا تكونان إلا كذلك .
 قوله : (كألف صحاح أو حالة) أي : كأن أقر بألف صحاح ، أو بألف حالة في يوم .
 قوله : (وألف مكسرة أو معجلة) أي : وأقر بألف مكسرة ، أو بألف معجلة في يوم آخر .
 قوله : (أو أسندهما) أي : القدرين اللذين أقر بهما ، (إلى جهتين) وهذا معطوف على
 (وصفهما) .

قوله : (كثمن وقرض) أي : ثمن مبيع مرة وبديل قرض أخرى .
 قوله : (أو قال : قبضت منه . . .) إلخ ، معطوف أيضاً على (وصفهما) .
 قوله : (لزمه المالان) أي : في الصور الثلاث ، جواب (ولو وصفهما . . .) إلخ .

(١) تقارير الشربيني على ابن قاسم (٦٢٢/٥) .

(٢) المحرر (ص ٢٠٥) ، منهاج الطالبين (٢٨٣) .

لتعذر الجمع ، بخلاف ما إذا ذكر لأحدهما سبباً أو وصفاً ؛ لإمكان حمل المطلق على المقيد .
(وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ) نحو (كَلْبٌ ، أَوْ قَضَيْتُهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَلْفٌ لَا يَلْزَمُ . لَزِمَهُ)

قوله : (لتعذر الجمع) أي : فإن اختلاف الوصف والسبب يوجب اختلاف الموصوف والمسبب^(١) .

قوله : (بخلاف ما إذا ذكر لأحدهما) أي : المالين المقر بهما .

قوله : (سبباً أو وصفاً) أي : بأن أطلق مرة وقيد أخرى . . فلا يلزمه المالان ، قال في « الفتح » : (حتى في الإشاء ؛ كشهادة عدل أنه باع يوم الجمعة عبداً بألف أو أنه طلق يوم كذا طلاقاً ، وآخر بأنه باعه عبداً بألف أو بأنه طلقها . . لم يجب إلا ألف ولم تقع إلا طلاقاً)^(٢) .

قوله : (لإمكان حمل المطلق على المقيد) تعليل لما تضمنه قوله : (بخلاف . . .) إلخ ، قال (ع ش) : (ومنه : ما لو أقر بأنه نذر له ألفاً . . ثم أقر بأن له عليه ألفاً . . فيحمل الألف المطلق على المقيد سواء سبق إقراره بالمقيد أو المطلق)^(٣) ، وبحث بعضهم أن محل ذلك إذا كان المقيد لا يقتضي نقصاً ، بخلاف ما إذا اقتضاه ؛ كأن قال : له علي ألف ، ثم قال : إنها مغشوشة . . فإنه لا يقبل ، فليراجع^(٤) .

قوله : (ولو قال : له علي ألف . . .) إلخ ، من هنا إلى آخر الفصل من قبيل تعقيب الإقرار بما يرفعه ، وحاصله : أنه إن رفعه بالكلية : فإن لم ينتظم . . لغا ، وإن انتظم : فإن فصل . . لم يقبل ، وإلا . . فخلاف ، وإن لم يرفعه بالكلية : فإن فصل . . لم يقبل ، وإن وصل . . فخلاف هذا في غير الاستثناء ، أما هو : فإن فصل . . لم يقبل ، وإن اتصل : فإن رفع البعض . . قبل ، وإن رفع الجميع . . قبل في الشرط دون غيره ، أفاده بعض المحققين .

قوله : (من ثمن نحو كلب) أي : أو خمر أو نحوهما مما يبطل حكم الإقرار شرعاً .

قوله : (أو قضيته إياه) أي : أو قال : له علي ألف قضيته .

قوله : (أو ألف لا يلزم) أي : أو لا يلزمني .

قوله : (لزمه) أي : أزم المقر ذلك الألف في الصور الثلاث وإن اتصل قوله : (من ثمن نحو كلب) بما قبله ، قال في « الأسنى » : (وقضية إطلاقهم : أنه لا فرق في اللزوم بذلك بين

(١) في الأصل : (أو المسبب) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) فتح الجواد (٥٣٨ / ١) .

(٣) حاشية الشيرازي (١٠٠ / ٥) .

(٤) انظر « حواشي الرمي على نرح الروض » (٣٠٩ / ٢) .

لأنَّه عَقِبَهُ بِمَا يَرْفَعُهُ بَعْدَ أَنْ وَقَعَ صَحِيحاً ؛ فَلَمْ يُوَثِّرْ فِيهِ . وَمِنْ ثَمَّ : لَوْ قَدَّمَ الرَّافِعَ : كَعَلَيٍّ مِنْ ثَمَنِ خَمْرِ أَلْفٍ . . . لَمْ يَلْزِمَهُ شَيْءٌ . (أَوْ) قَالَ : لَهُ عَلَيٍّ (أَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ) أَوْ إِنْ لَمْ ، أَوْ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ ، أَوْ فُلَانٌ ، أَوْ إِذَا قَدَّمَ زَيْدٌ

المسلمين والكفار ، وهو ظاهر ؛ لأن الكفار إذا ترفعوا إلينا إنما نفرهم على ما نفرهم عليه لو أسلموا^(١) .

قوله : (لأنه عقبه) أي : الإقرار .

قوله : (بما يرفعه بعد أن وقع صحيحاً فلم يؤثر فيه) أي : فيعمل بأول كلامه ويلغى آخره ، قال في « حاشية الروض » : (الفرق بين لزومه هنا وبين عدم لزومه في قوله : له علي ألف إن شاء الله) : أن دخول الشرط على الجملة يصير الجملة جزءاً من الجملة الشرطية ، وحيث أن يلزم تغيير معنى أول الكلام ، وقوله : « من ثمن خمر » لا يغير ذلك ؛ بل هو بيان جهته ، فلا يلزم من إلغاء الإقرار عند التعليق وعدم تبعيضه ؛ حذراً من جعل جزء الجملة جملة برأسها ألا يتبعض في الخمر ونحوه (تأمل^(٢)) .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل هذا التعليق .

قوله : (لو قدم الرافع ؛ كعلي من ثمن خمر ألف . . لم يلزمه شيء) أي : جزماً ، ولو قال : كان من ثمن خمر فظننته يلزمي . . حلف المقر له على نفيه رجاء أن يقر ، أو يرد اليمين عليه فيحلف المقر ولا يلزمه شيء .

قوله : (أو قال) أي : المقر .

قوله : (له علي ألف إن شاء الله) هذا بيان لتعليق الإقرار ، ولذا عبر في « المنهج » بقوله : (أو علق . . فلا شيء) ، وقال في « شرحه » : (وتعبيري بذلك أعم من قوله : ولو قال : إن شاء الله . . لم يلزمه شيء)^(٣) .

قوله : (أو إن لم) أي : أو قال : له علي ألف إن لم يشأ الله ، وهكذا يقدر الباقي .

قوله : (أو إلا أن يشاء الله أو فلان أو إذا قدم زيد) أي : أو إن جاء رأس الشهر ولم يرد التأجيل ، قاله في « التحفة »^(٤) .

(١) أسنى المطالب (٣١٢/٢) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٣١٢/٢) .

(٣) فتح الوهاب (٢٢٦/١) .

(٤) تحفة المحتاج (٣٩٤/٥) .

(.. فَلَا) يلزمه شيء ؛ إذ لم يجزم في ذلك كله بالالتزام . (وَلَوْ أَقْرَبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ ثُمَّ قَالَ : كَانَ فَاسِدًا . لَمْ يُقْبَلْ) لَأَنَّهُ كَتَعْقِيبِ الْإِقْرَارِ بِمَا يَرْفَعُهُ ؛ إِذِ الظَّاهِرُ فِي الْعُقُودِ الْجَارِيَةِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ الصَّحَّةُ . وَيُقْبَلُ فِي الْإِقْرَارِ - كَالْطَّلَاقِ وَالْعَتَقِ وَالنَّذْرِ - الْإِسْتِثْنَاءُ

قوله : (فلا يلزمه شيء) أي : سواء قدم الألف على المشيئة أم لا .

قوله : (إذ لم يجزم في ذلك كله بالالتزام) أي : بل علقه بالمشيئة ومشيئة الله تعالى وعدمها مغيبة عنا ، ومشيئة غير الله لا توجب شيئاً ، وممر الفرق بين مسائل التعليق ونحو : له علي ألف من ثمن خمر .

قوله : (ولو أقربيع) أي : مثلاً .

قوله : (أو هبة) أي : وإقباض فيها .

قوله : (ثم قال : كان فاسداً) أي وإن كان متصلاً بإقراره (ثم) لمجرد الترتيب ، فلو أبدله بالفاء .. لكان أولى .

قوله : (لم يقبل) أي : في قوله : بفساده وإن قال : إنما أقررت لظني الصحة ، ومع ذلك : فله تحليف المقر له ؛ لاحتمال ما يدعيه وقد يخفى المفسد أو يغفل عنه ، فإن نكل .. حلف المقر وحكم ببطالان العقد ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة ، وكلاهما يحصل الغرض .

قوله : (لأنه كتعقيب الإقرار بما يرفعه) أي : وقد مر : أنه لا يؤثر .

قوله : (إذ الظاهر في العقود الجارية بين المسلمين : الصحة) أي : فيحمل عليها عند الإطلاق ، وأيضاً : فإن الإنراغ يراد به الالتزام ، فلم يشمل الفاسد ؛ إذ لا التزام فيه .

نعم ؛ إن قطع ظاهر الحال بصدقه ؛ كبدي جلف .. فالمعتمد : قبوله كما بحثاه في « التحفة » و« النهاية »^(١) .

قوله : (ويقبل في الإقرار...) إلخ ، شروع في حكم الاستثناء .

قوله : (كالطلاق والعتق والنذر) أي : ونحوها من كل إخبار وإنشاء ؛ لوروده في الكتاب والسنة وكلام العرب .

قوله : (الاستثناء) نائب فاعل (يقبل) وهو مأخوذ من الثني بفتح الثاء المثلثة وسكون النون ؛ وهو الرجوع ومنه : ثنى عناء دابته : إذا رجع ، فلما رجع في الإقرار ونحوه عما اقتضاه لفظه .. سمي استثناء ، واصطلاحاً : إخراج لما بعد (إلا) وأخواتها من حكم ما قبلها في الإيجاب وإدخاله في النفي .

بِإِلَّا أَوْ نَحْوَهَا ؛ كغیر ، أَوْ أَتْرَكَ ، أَوْ أَحْطُ ، أَوْ أَسْتَنْتِي : بشرطِ أَنْ يَنْصَلَ بِالْمُسْتَنْتِي مِنْهُ ، وَأَنْ يَقْصِدَ الِاسْتِثْنَاءَ قَبْلَ فَرَاغِ نَحْوِ الْإِقْرَارِ ، وَالْأَيُّ يَكُونُ مُسْتَغْفِقاً فَيَلْفُو

قوله : (بِإِلَّا أَوْ نَحْوَهَا ؛ كغیر أَوْ أَتْرَكَ أَوْ أَحْطُ أَوْ أَسْتَنْتِي) أي : وسوى بلغاتها وخلا وعدا ولا يكون ، وغير ذلك .

واعلم : أن في الكلام الاستثنائي شبه التناقض ؛ حيث يثبت المستثنى في ضمن المستثنى منه ثم ينفي صريحا ، وقد دفع ابن السبكي في « جمع الجوامع » ذلك مع بيان المراد منه فقال : (والأصح وفاقاً لابن الحاجب : أن المراد بـ « عشرة » في قولك : لزيد علي عشرة إلا ثلاثة : العشرة باعتبار الأفراد^(١) ثم أخرجت « ثلاثة » ثم أسند إلى الباقي تقديراً وإن كان قبله ذكراً ، وقال الأكثر : المراد : سبعة و « إلا » قرينة ، وقال القاضي : عشرة إلا ثلاثة [بإزاء] اسدين مفرد ومركب^(٢) .

قوله : (بشرط أن يتصل بالمستثنى منه) أي : بحيث يعد معه كلاماً واحداً في العرف ، فلو فصل بينهما بكلام أجنبي أو سكوت . . لم يقبل .

نعم ؛ يغتفر الفصل اليسير بسكتة تنفس أو عي أو تذكر أو انقطاع صوت ، قال الشيخان : (والاتصال المشروط هنا أبلغ مما يشترط بين الإيجاب والقبول ؛ لأنه يحتمل بين كلام الاثنين ما لا يحتمل بين كلام الواحد^(٣)) ، قال (سم) : (أي : فيضرب هنا الفصل اليسير بغير عذر ولا يضر هناك) .

قوله : (وأن يقصد الاستثناء) أي : وأن يتلفظ به وأسمع نفسه ولو بالقوة ، وكذا غيره ممن هو بقره .

قوله : (قبل فراغ نحو الإقرار) أي : وإن لم يقارن إلا آخر حرف منه . . فلا يكفي بعد تمامه ، وإلا . . لزم رفع الإقرار بعد لزومه ، وإنما احتاج إلى النية ؛ لأنه رافع لبعض ما شمله اللفظ وإن كان إخباراً .

قوله : (وألا يكون مستغفراً) أي : للمستثنى منه ولو بحسب المعنى ، كما سيأتي في قوله (ويصح من غير الجنس . . .) إلخ .

قوله : (فيلغو) أي : الاستثناء المستغرق ؛ كله علي عشرة إلا عشرة إجماعاً إلا من شذَّ ، وإنما لم يخرجوه على الجمع بين ما يجوز وما لا يجوز ؛ للتناقض الصريح هنا ، لا ثم ؛ فإن اللفظ

(١) في الأصل : (الإقرار) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) جمع الجوامع (ص ٢٦) .

(٣) الشرح الكبير (٢٦ / ٩) ، روضة الطالبين (٩١ / ٨) .

إِلَّا إِنْ عَقِبَهُ بِمَا يَرْفَعُ الْإِسْتِغْرَاقَ . وَلَا يُجْمَعُ مُفَرَّقٌ بِالْعَطْفِ فِي الْمُسْتَثْنَى أَوْ الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ أَوْ فِيهِمَا لَوْجُودِ الْإِسْتِغْرَاقِ ، وَلَا لِنَفْيِهِ ، وَالْإِسْتِثْنَاءُ مِنْ نَفْيِ إِثْبَاتٍ

في الاستثناء المستغرق نهافت فألغينا ما نشأ منه التهافت وهو الاستثناء ، بخلاف الجمع بين ما يجوز وما لا يجوز ؛ فإن الصيغة صحيحة ، وأيضاً : فإن ما يجوز معلوم متمايز مما لا يجوز ، وهنا جميع الأعداد وأجزاؤها صالح للإخراج ، وإخراج بعض دون غيره تحكم ، تأمل .

قوله : (إلا إن عقبه بما يرفع الاستغراق) أي : فإن عقبه به . . صح ، فلو قال : له علي عشرة إلا عشرة إلا أربعة . . وجبت أربعة ؛ لأن الكلام بآخره ، وآخره يخرج عن الاستغراق ؛ لأن عشرة إلا أربعة ستة ، ويكون الدقربه في مثل ذلك الأخير حتى يكون الإقرار في : له عشرة إلا عشرة إلا درهمين بدرهمين وإلا ثلاثة بثلاثة .

قوله : (ولا يجمع مفرق بالعطف) أي : وإن أراد المقر الجمع . (ع ش)^(١) .
قوله : (في المستثنى أو المستثنى منه أو فيهما) أي : فلو قال : له علي درهمان ودرهم أو درهم ودرهم ودرهم إلا درهماً . . لزمه ثلاثة ؛ لأن المستثنى منه إذا لم يجمع مفرق . . كان الدرهم الواحد مستثنى من درهم واحد فيستغرق فيلغو ، ولو قال : له علي درهم ودرهم ودرهم إلا درهماً ودرهماً ودرهماً . . لزمه ثلاثة أيضاً ؛ لأنه إذا لم يجمع مفرق المستثنى والمستثنى منه . . كان المستثنى درهماً من درهم يلغو .

قوله : (لوجود الاستغراق ولا لنفيه) أي : نظراً لتعدد اللفظ الذي هو من مدار الاستثناء ؛ فإن واو العطف وإن اقتضت الجمع لا تخرج الكلام عن كونه ذا جملتين من جهة اللفظ الذي يدور [عليه] الاستثناء ، قال جمع : وهذا مخصص لقولهم : إن الاستثناء يرجع إلى جميع المعطوفات لا إلى الأخير فقط^(٢) ، قال : بعض أهل العصر : (ولعل وجهه : أن المفهوم عرفاً ذلك) ، فليراجع .

قوله : (والاستثناء من نفي إثبات) أي : فلو قال : ليس له علي شيء إلا خمسة . . فتلزمه الخمسة ، بخلاف ما لو قل : ليس له علي عشرة إلا خمسة . . فإنه لا يلزمه شيء كما صرحوا به ، فصورة القاعدة : إذا بدأ بنفي عام ؛ كما في المثال الأول ، لا ما إذا بدأ بنفي خاص ؛ كالمثال الثاني ، والفرق بينهما : أن الأصل في الاستثناء هو المتصل ؛ وهو ما يجب دخول ما بعد الأداة فيما قبلها لولا الإخراج ، وفي لأول لولا الاستثناء . . لدخلت الخمسة في الشيء المنفي ، بخلاف الثاني فإنه لا يلزم من نفي العشرة نفي الخمسة ؛ لإمكان انتفائها بانتفاء تسعة ، تدبر .

(١) حاشية الشبراملي (١٥/٥) .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٣١٦/٢) .

وعكسُهُ . ويصحُّ مِنْ غيرِ الجنسِ كَأَلْفٍ إِلَّا ثوباً ، ويفسِّرُهُ بِمَا قيمَتُهُ دونَ الألفِ ؛ حذراً مِنْ الاستغراقِ .

(فَضْلٌ) في الإقرارِ بالنَّسَبِ

قوله : (وعكسه) أي : الاستثناء من إثبات نفي ، فلو قال : له علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية . . لزمه تسعة ؛ لأن المعنى : إلا تسعة لا تلزم إلا ثمانية تلزم ؛ فتلزم الثمانية والواحد الباقي من العشرة ، وهذا إن كرر بلا عطف ، وإلا ؛ كله علي عشرة إلا خمسة وثلاثة أو إلا خمسة وإلا ثلاثة . . كانا مستثنين من العشرة فيلزمه اثنان ، فإن كانا لو جمعا استغرقا ؛ كعشرة إلا سبعة وثلاثة . . اختص البطلان بما به الاستغراق وهو الثلاثة فيلزمه ثلاثة .

قوله : (ويصح) أي : الاستثناء .

قوله : (من غير الجنس) أي : غير جنس المستثنى منه ؛ وهو المسمى بالاستثناء المنقطع ؛ وذلك لوروده لغة وشرعاً ؛ ففي التنزيل : ﴿ فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِيَ إِلَّا رَبَّ الْعَالَمِينَ ﴾ ، ﴿ لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لِقَاءً إِلَّا سَلَامًا ﴾ .

قوله : (كألف إلا ثوباً) أي : كقوله : له علي ألف من الدراهم إلا ثوباً .

قوله : (ويفسره) أي : الثوب .

قوله : (بما قيمته دون الألف ؛ حذراً من الاستغراق) أي : فإن فسر ذلك بثوب قيمته ألف . . بطل التفسير ، وكذا الاستثناء على الأصح فيلزمه ألف ؛ لأنه بين ما أراد بالاستثناء فكأنه تلفظ به وهو مستغرق ، ولو قال : له علي ألف إلا ديناراً . . رجع في تفسير الألف إليه وأسقط منه الدينار ؛ لما مر ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل : في الإقرار بالنسب) أي : القرابة ، والإقرار به على قسمين : الأول : أن يلحقه بنفسه ، والثاني : بغيره ، وقد أهمله المصنف ، وسيأتي في الشرح ثم هو مع الصدق واجب ، ومع الكذب في ثبوته حرام من الكبائر كالكذب في نفيه ؛ لما في الحديث : « من ادعى نسباً لا يعرف . . كفر بالله ، ومن انتفى من نسب وإن دق . . كفر بالله »^(١) . ولعظم ضرر كل منهما ؛

(١) أخرجه الطبراني في « الأوسط » (٨٥٧٠) عن سيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه .

(إِذَا أَقَرَّ بِنَسَبٍ) بَأَنَّ أَلْحَقَّةَ بِنَفْسِهِ كَهَذَا ابْنِي (. . لِحَقَّةٍ بِشَرْطٍ أَلَّا يُكَذِّبَهُ الْحَسُّ) فلا يصحُّ من ممسوحٍ إلَّا في زَمَنِ يُمكنُ إِحْبَالُهُ فِيهِ ؛ لِاسْتِحَالَتِهِ . (وَأَلَّا يَكُونَ مَعْرُوفَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ)

فإن الولد إذا أنكر كذباً . صار في حكم الأجنبي بالنسبة للأحكام الظاهرة ، والأجنبي إذا جعل ولداً . ثبت له أحكام الولد ظاهراً ، وفي ذلك من المضار والمفاسد ما لا يخفى .

قوله : (إذا أقر) أي مكلف أو سكران ذكر مختار ولو سفيهاً قناً كافراً . « تحفة »^(١) .
قوله : (بنسب) أي : لغيره .

قوله : (بأن ألقه بنفسه) أي : المقر من غير واسطة .

قوله : (كهذا ابني) أي : أو أنا أبوه وإن كان الأول أولى ؛ لكون الإضافة فيه إلى المقر ، وكهذا أبي ، قال في « التحفة » : (لا أمي ؛ لسهولة البينة بولادتها ، وقوله : « يد فلان ابني » : لغو ، بخلاف نحو : رأس مما لا يبقى بدونه ؛ أخذاً مما مر في « الكفالة » ، ومثله الجزء الشائع ؛ كربه)^(٢) .

قوله : (لحقه) أي : لحق نسب المستلحق - بفتح الحاء - المقر .

قوله : (بشرط ألا يكذبه الحس) أي : بأن يكون في سن يمكن أن يكون منه ، فلو كان في سن لا يتصور كونه منه . . لم يلحقه نسبه ؛ لأن الحس يكذبه .

قوله : (فلا يصح) أي : الإقرار بالنسب .

قوله : (من ممسوح) أي : وهو المقطوع ذكره وأنثياه .

قوله : (إلَّا في زمن يمكن إحباله فيه) هذا بالنسبة للنسب لا للعتق ، فلو استلحق رقيقه . . عتق عليه ولحقه حيث كان مجهول النسب وأمكن ذلك ، وإلا ؛ بأن عرف نسبه من غيره . . عتق فقط . « نهاية »^(٣) .

قوله : (لاستحالة) أي : بتكذيب الحس إياه في ذلك ، ولو قدمت كافرة بطفل وادعاه رجل وأمكن اجتماعهما ؛ بأن احتمل أنه خرج إليها أو أنها قدمت إليه قبل ذلك . . لحقه .

قوله : (وألا يكون معروف النسب من غيره) هذا الشرط هو المعبر بالألا يكذبه الشرع ، ثم هو كالأول غير مختص بما هنـ ، بل يعم سائر الأقارير ؛ كما علم مما مر : أنه يشترط في المقر له أهلية استحقاق المقر به حساً وشرعاً .

(١) تحفة المحتاج (٤٠١/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٤٠١/٥) .

(٣) نهاية المحتاج (١٠٧/٥) .

بأن يُجهَلَ نسبُهُ ، فالْمَعْلُومُ النَّسَبِ لَا يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ الثَّابِتَ مِنْ شَخْصٍ لَا يَتَّقِلُ لِغَيْرِهِ وَإِنْ صَدَّقَهُ . وَلَا يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ وَلَدِ الزَّوْنَا ، وَلَا لِغَيْرِ نَافٍ اسْتِلْحَاقُ مَنْفِيٍّ عَنْ فِرَاشِ نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، بِخِلَافِ الْفَاسِدِ ، وَوِطْءِ الشُّبْهَةِ . (وَأَنْ يُصَدِّقَهُ الْمُسْتَلْحَقُ) - بِفَتْحِ الْحَاءِ - (إِنْ كَانَ بِالْغَا) عَاقِلًا حَيًّا ، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَذَّبَهُ أَوْ سَكَتَ ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فِي نَسَبِهِ ،

- قوله : (بأن يجهل نسبه) أي : المستلحق بفتح الحاء .
- قوله : (فالْمَعْلُومُ النَّسَبِ) أي : من غيره أو ولد على فراش نكاح صحيح .
- قوله : (لا يصح استلحاقه) أي : فلا يثبت نسبه بالمقر .
- قوله : (لأن النسب الثابت من شخص لا يتقل لغيره) أي : فالشرع يكذبه في إقراره ؛ لأن حكم الشرع أن النسب لا يقبل النقل .
- قوله : (وإن صدقه) الغاية للتعميم ؛ أي : سواء صدقه المستلحق أم لا .
- قوله : (ولا يصح استلحاق ولد الزنا) أي : مطلقاً كما في « التحفة » و « النهاية »^(١) أي : سواء أمكن نسبته إليه من حيث السن أو لا ، كان المستلحق الواطيء أم لا . (ع ش)^(٢) .
- قوله : (ولا لغير نافع استلحاق منفي عن فراش نكاح صحيح) أي : لما فيه من إبطال حق النافي ؛ إذ له استلحاقه ، وأيضاً ؛ فإن هذا الولد لا يؤثر فيه قافة ولا انتساب يخالف حكم الفرائس ، بل لا ينتفي إلا باللعان رخصة أثبتها الشارع لدفع الأنساب الباطلة .
- قوله : (بخلاف الفاسد ووطء الشبهة) أي : بخلاف المنفي بالنكاح الفاسد ووطء الشبهة فإنه يجوز للغير استلحاقه ؛ لأنه لو نازعه قبل النفي . . سمعت دعواه ، وعطف (وطاء الشبهة) على (الفاسد) من عطف العام على الخاص ؛ إذ الوطاء بنكاح فاسد من الوطاء بالشبهة .
- قوله : (وأن يصدق المستلحق بفتح الحاء) أي : على أنه اسم مفعول .
- قوله : (إن كان بالغاً عاقلاً حياً) هذا معنى قول غيره : إن كان أهلاً لتصديق .
- قوله : (بخلاف ما لو كذبه أو سكت) أي : أو قال : لا أعلم وأصر . . فلا يثبت النسب إلا بينة أو يمين مردودة ، ولو تصادقا ثم رجعا . . قيل : بطل نسبه ، والصحيح : عدم البطلان ؛ لأن النسب المحكوم بشوته لا يرتفع بالاتفاق كالثابت بالافتراض .
- قوله : (لأن له حقاً في نسبه) تعليل لاشتراط تصديق المستلحق فالضميران له ، قال في

(١) تحفة المحتاج (٤٠١/٥ - ٤٠٢) ، نهاية المحتاج (١٠٨/٥) .

(٢) حاشية الشبراملسي (١٠٨/٥) .

وَهُوَ أَعْرَفُ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ . وَيَصْحُحُ اسْتِلْحَاقُ الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ وَإِنْ جَحَدَ بَعْدَ كَمَالِهِ ؛ لِأَنَّ النِّسْبَ يُحْتَاطُ لَهُ ، فَلَا يَنْدَفَعُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ بِالْإِقْرَارِ ، وَلَيْسَ لَهُ تَحْلِيلُ الْمَقَرِّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ . . . لَمْ يُقْبَلْ . وَأَنْ يَكُونَ ذِكْرًا فَلَا يَصْحُحُ اسْتِلْحَاقُ الْمَرْأَةِ ؛

« الْأَسْنَى » : (وُفِرَقَ بَيْنَهُ رِبِينِ الْاِكْتِفَاءِ بِالسَّكُوتِ فِي الْإِقْرَارِ بِالْمَالِ بِأَنْ أَمَرَ النِّسْبَ خَطَرًا)^(١) .

قوله : (وَهُوَ أَعْرَفُ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ) أي : لِأَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِأَنَّ الشَّخْصَ يَبْحَثُ عَنْ نَسَبِهِ ؛ فَلِذَلِكَ كَانَ أَدْرَى بِهِ مِنْ غَيْرِهِ (ع ن)^(٢) .

قوله : (وَيَصْحَحُ اسْتِلْحَاقُ الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ) أي : فَيُثَبِّتُ نَسَبُهُ مِنْهُ بِالشَّرْطِ السَّابِقَةِ خِلا التَّصْدِيقِ ؛ لِأَنَّ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى النِّسْبِ عَسِيرَةٌ ، وَالشَّارِعُ قَدْ اعْتَنَى بِهِ وَأَثْبَتَهُ بِالْإِمْكَانِ ؛ فَلِذَلِكَ أَثْبَتْنَاهُ بِالْاِسْتِلْحَاقِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَغْرُوبُ أَهْلًا لِلتَّصْدِيقِ .

قوله : (وَإِنْ جَحَدَ بَعْدَ كَمَالِهِ) أي : الصَّغِيرُ أَوْ الْمَجْنُونُ بِالْبُلُوغِ أَوْ الْإِفَاقَةِ ، هَذَا هُوَ الْأَصَحُّ كَمَا فِي « الْمَنْهَاجِ »^(٣) .

قوله : (لِأَنَّ النِّسْبَ يَحْتَاطُ لَهُ ؛ فَلَا يَنْدَفَعُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ بِالْإِقْرَارِ) أي : كَالثَّابِتِ بِالْبَيِّنَةِ ، وَكَمَا لَوْ كَذَبَهُ قَبْلَ كَمَالِهِ ، وَيَفَارِقُ مَا لَوْ حُكِمَ بِإِسْلَامِ اللَّقِيطِ بِظَاهِرِ الدَّارِ ، ثُمَّ بَلَغَ وَاعْتَرَفَ بِالْكَفْرِ حَيْثُ يَقْرَأُ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْحُكْمَ بِتَبْعِيَّةِ الدَّارِ أَوْضَعُفَ مِنَ الْحُكْمِ بِالنِّسْبِ بِالْإِقْرَارِ . انْتَهَى « شَرْحُ الرُّوْضِ »^(٤) .

قوله : (وَلَيْسَ لَهُ) أي : الْمَقْرَبُ بِهِ .

قوله : (تَحْلِيلُ الْمَقَرِّ) أي : عَلَى أَنَّهُ صَادِقٌ فِي إِقْرَارِهِ .

قوله : (لِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ . . . لَمْ يَقْبَلْ) أي : فَلَا مَعْنَى لِتَحْلِيلِهِ ، قَالَ فِي التَّحْفَةِ : (وَلَوْ اسْتَلْحَقَ أَبَاهُ الْمَجْنُونُ لَمْ يُثَبِّتْ نَسَبُهُ حَتَّى يَفِيقَ وَيَصْدُقَ ، وَيُفَرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا ذَكَرَ فِي الْإِبْنِ بِأَنَّ اسْتِلْحَاقَ الْأَبِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ وَالْقِيَاسِ ؛ فَاحْتِيطَ لَهُ أَكْثَرُ) انْتَهَى^(٥) ، وَخَالَفَهُ الرَّمْلِيُّ وَالْخَطِيبُ فَاعْتَمَدَا عَدَمَ الْفَرْقِ^(٦) .

قوله : (وَأَنْ يَكُونَ ذِكْرًا) مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِ الْمَتْنِ : (أَلَا يَكْذِبُهُ الْحَسَنُ) .

قوله : (فَلَا يَصْحَحُ اسْتِلْحَاقُ الْمَرْأَةِ) هَذَا مَا اعْتَمَدَ الشَّارِحُ وَفَاقًا لِابْنِ الرَّفْعَةِ وَكَذَا الْخَطِيبُ ،

(١) أَسْنَى الْمَطَالِبِ (٣١٩/٢) .

(٢) حَاشِيَةُ الشُّرَايِصِ (١٠٩/٥) .

(٣) مَنْهَاجُ الطَّالِبِينَ (ص ٢٨٥) .

(٤) أَسْنَى الْمَطَالِبِ (٣٢٠/٢) .

(٥) تَحْفَةُ الْمَحْتَاجِ (٤٠٣/٥) .

(٦) نَهَايَةُ الْمَحْتَاجِ (١٠٩/٥ - ١١٠) ، مَغْنَى الْمَحْتَاجِ (٣٣٥/٢) .

لإمكان إثبات الولادة . وأن يكون مكلفاً مختاراً ولو سفيهاً وكافراً وقتاً وسكراناً . وأن يكون المقرُّ به حراً لا ولاءً عليه لأحد ، فلا يُستلحقُّ القنُّ الغيرُ المكلفُ ، ولا المكلفُ إن كذَّبه أو سكت ، وإن صدَّقه . . بقي على رقبته وإن ثبت النسب

وعبارته : (ثم إن أقر بأم . . ففي « زوائد الروضة » عن ابن اللبان : أن إقرار الشخص بالأم لا يصح ؛ لإمكان إقامة البينة على الولادة ، وأقره في « الكفاية » انتفى ^(١) ، وخالفه الرملي فاعتمد صحة إلحاق نسب الأم به ^(٢) .

قوله : (لإمكان إثبات الولادة) أي : بالبينة ، تعليل لعدم الصحة .

قوله : (وأن يكون مكلفاً) أي : بالغاً عاقلاً .

قوله : (مختاراً) أي : لا مكرهاً .

قوله : (ولو سفيهاً وكافراً وقتاً وسكراناً) أي : متعدياً ، وجعله السكران غاية هنا يقتضي أنه مكلف ، وفيه كلام مشهور ، والمعتمد : غير مكلف ، ومؤاخذته إنما هي من باب ربط الأحكام بالأسباب ؛ تغليظاً عليه .

قوله : (وأن يكون المقر به) أي : وهو المستلحق بفتح الحاء معطوف أيضاً على قول المتن : (ألا يكذبه الحس) .

قوله : (حراً لا ولاءً عليه لأحد) أي : لا رقيقاً للغير أو عتيقاً له .

قوله : (فلا يستلحق القن) أي : لا يصح استلحاقه ، وكذا العتيق .

قوله : (الغير المكلف) أي : بأن كان صغيراً أو مجنوناً ؛ محافظة على حق ولاء السيد الثابت حالاً في العتيق وبتقدير الإعتاق في القن ، بل يحتاج إلى بينة .

قوله : (ولا المكلف إن كذبه أو سكت) أي : أو قال : لا أدري وأصر .

قوله : (وإن صدقه) أي : صدق المكلف المقر .

قوله : (بقي على رقبته وإن ثبت النسب) أي : لعدم التنافي بين النسب والرق ؛ لأن النسب لا يستلزم الحرية والحرية لا تثبت ، وإن كان الرقيق للمقر وهو بيده ولم يمكن لحوقه به كأن كان أسن منه . . لغا قوله وإن أمكن لحوقه به . . لحقه الصغير والمجنون والمصدق له وعتقوا ، أما ثابت النسب من غيره أو المكذب له . . فلا يلحقانه ويعتقان عليه ؛ مؤاخذة له باعترافه ببنوتهما ،

(١) مغني المحتاج (٢/٣٣٥) .

(٢) نهاية المحتاج (٥/١١٤) .

(وَيَصِحُّ أَنْ يَسْتَلْحَقَ مَيْتاً وَوِثْرَهُ) بشرط ألا يسبق من ألبالغ إنكاراً وإن كان له مالٌ ، بل لو كان هو الذي قتله ولا نظر للثمة ؛ لبناء أمر النسب على التغليب ؛ لعسر إقامة البينة عليه ، ولهذا ثبت بمجرد الإمكان

ولا يرثان منه كما لا يرث منهما . انتهى « مغني » (١) .

قوله : (ويصح أن يستلحق ميتاً) أي : صغيراً ، وكذا كبير في الأصح ؛ لأن الميت ليس أهلاً للتصديق ، فصح استلحاقه كالمجنون والصغير ، وقيل : لا يصح لفوات التصديق وهو شرط ، ويجري هذا الخلاف فيمن جن بعد بلوغه عاقلاً ولم يموت ؛ لأنه سبق له حالة يعتبر فيها تصديقه ، وليس الآن من أهل التصديق .

قوله : (ويرثه) أي : المستلحق بكسر الحاء الميت الصغير والكبير ؛ لأن الإرث فرع النسب ، وقد ثبت نسبه .

قوله : (بشرط ألا يسبق من البالغ إنكار) أي : فإن سبق منه إنكار قبل موته وهو أهل . . لم يثبت النسب ؛ لتعذر تصديقه الراجع لحكم إنكاره . « فتح الجواد » (٢) .

قوله : (وإن كان له مال) أي : تركه .

قوله : (بل لو كان هو الذي قتله) أي : بأن أقر بذلك بعد أن قتله .

قوله : (ولا نظر للثمة) فلا يبالى بتهمة الميراث ، ولا بتهمة سقوط القود ؛ فلا قصاص عليه ، ومعلوم أن القاتل لا يرث .

قوله : (لبناء أمر النسب على التغليب) أي : والاحتياط .

قوله : (لعسر إقامة البينة عليه) أي : على النسب .

قوله : (ولهذا) أي : لأجل هذا التعليل .

قوله : (ثبت بمجرد الإمكان) أي : ولا يحتاج إلى البينة ، ولو نفاه في حياته أو بعد موته ثم استلحقه . . لحقه وورثه ، ولو استلحق اثنان أهلاً للتصديق . . لحق من صدقه منهما ؛ لاجتماع الشروط فيه دون الآخر ، ولا يحلف للآخر ، وهذا مستثنى من قاعدة : (أن كل اثنين ادعيا على شخص شيئاً فأقر لأحدهما أنه يحلف للآخر) فإن لم يصدق واحداً منهما أو صدقهما عرض على القائف كما ذكره في بابه ، واعترض بأن استلحاق البالغ يعتبر فيه تصديقه ، ورد بأن قول القائف حكم فلا استلحاق هنا حتى يحتاج للتصديق ، تدبر .

(١) مغني المحتاج (٢/ ٣٣٤) .

(٢) فتح الجواد (١/ ٥٣٩) .

ويجوز إلحاق النسب بالغير ممن يتعدى النسب منه إليه ؛ كأبيه ، وجدّه . وأخيه وإن سبق منه جحد النسب المقرّ به . ويشترط هنا جميع ما مرّ ، وزيادة : أن يكون المملحق به ميتاً ، وأن يكون المقرّ وارثاً ،

قوله : (ويجوز إلحاق النسب بالغير) هذا بيان للقسم الثاني من قسمي الإقرار بالنسب ؛ ودليله قصة سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة فإنه قال فيها : هذا أخي ولد على فراش أبي من وليدته ، وقال صلى الله عليه وسلم : « هو لك يا عبد بن زمعة ؛ الولد للفراش ، وللعاهر الحجر »^(١) .

قوله : (ممن يتعدى النسب منه) بيان للغير .

قوله : (إليه) أي : إلى المملحق .

قوله : (كأبيه وجدّه وأخيه) أي : فيثبت نسبه من المملحق به وإن كان المقر في الظاهر لا وارث له إلا بيت المال على المنقول ؛ وذلك لأن الوارث يخلف مورثه في حقوقه والنسب منها .

قوله : (وإن سبق منه) أي : من الغير .

قوله : (جحد النسب المقر به) أي : فلا يشترط ألا يكون المملحق به نفاه في الأصح ، بل يجوز الإلحاق به وإن نفاه قبل بلعان أو غيره ؛ لأنه لو استلحقه . . لقبل فكذا وارثه ، وقيل : يشترط ذلك ؛ لما في إلحاقه من العار على الميت ، والوارث لا يفعل إلا ما فيه حظ المورث ، ولذا : صححه ابن الصلاح ومال إليه الأذرع .

قوله : (ويشترط هنا) أي : في إلحاق النسب بالغير .

قوله : (جميع ما مر) أي : من الشروط التي في إلحاق النسب بنفسه .

قوله : (وزيادة) أي : ويشترط زيادة على ذلك .

قوله : (أن يكون المملحق به ميتاً) أي : فلا يصح إلحاق بالحي ولو مجنوناً ؛ لاستحالة ثبوت نسب الشخص مع وجوده بقول غيره ، فلو صدق . . إلخ . . ثبت نسبه تصديقه ، ولكن الاعتماد في الحقيقة على التصديق لا على المقر ، وفيما إذا كان واسطتان ؛ كهذا عمي . . يشترط تصديق الجد فقط ؛ لأنه الأصل الذي ينسب إليه ، ولو اعترف به وكذبه ابنه . . لم يؤثر تكذيبه .

قوله : (وأن يكون المقر) أي : في إلحاق النسب بالغير .

قوله : (وارثاً) أي : بخلاف غيره ؛ كزقيق وقاتل وأجنبي .

(١) أخرجه البخاري (٢٠٥٣) ، ومسلم (١٤٥٧) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

حائزاً لتركّة المَلْحَقِ بِهِ ، وأن يكونَ رجلاً .

قوله : (حائزاً لتركّة المَلْحَقِ بِهِ) أي : حين الإقرار وإن تعدد ودخل في كلامه الحائز بواسطة ؛ كأن أقر بعم وهو حائز تركّة أبيه الحائز تركّة جده المَلْحَقِ بِهِ ؛ وذلك لأنه إن لم يرث الميت . . لم يكن خليفته ، وكذا إن لم يستغرق تركته ؛ لأن القائم مقامه مجموعهم لا خصوص المستلحق ، واعترض اشتراط كونه حائزاً بحديث عبد بن زمعة فإنه لم يكن حائزاً ومع ذلك قبل إقراره ، وأجيب بأن سودة كانت أسلمت نبل موت أبيها فلم تكن عند موته وارثة إذ ذاك ، قال بعض المحققين : (وهذا يحتاج إلى نقل . ويمكن أن يقال : إن زمعة كان استلحقه قبل موته ؛ بدليل قول عبد : « عهد إلي فيه » ، واعترض أيضاً بأنه صلى الله تعالى عليه وسلم عول على الفراش لا على مجرد الإقرار ، وأجيب بأنه لم يكلفهم بإثباته فالظاهر أنه عول على مجرد إقراره) .

قوله : (وأن يكون رجلاً) أي : لأن استلحاق المرأة غير مقبول فوارثها أولى ولو رجلاً لأنه خليفتها ، هذا ما جزم به ابن الرفعة واستوضحه الأسنوي واعتمده الشارح كشيخه^(١) ، واعتمد الرملي تبعاً لوالده خلافة ، وكذا الخطيب قال : (وفرق شيخي بين استلحاق الوارث بها وبين عدم صحة استلحاقها : بأن إقامة البيّنة تسهل عليها بخلاف الوارث خصوصاً إذا تراخى النسب)^(٢) والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) كفاية النبيه (٤٨٦/١١) ، المهمات (٦٢٤/٥) ، تحفة المحتاج (٤٠٦/٥) ، منهج الطلاب (٢٢٨/٢) .

(٢) نهاية المحتاج (١١٤/٥) ، حواشي الرملي على شرح الروض (٣٢٢/٢) ، مغني المحتاج (٣٣٧/٢) .

(بابُ العارِيَةِ)

بتشديدِ الياءِ وقد تُخَفَّفُ؛ وَهُوَ اسْمٌ لِمَا يُعَارَى، وَلِعَقْدِهَا، مِنْ: (عَارَ) إِذَا ذَهَبَ وَجَاءَ بِسُرْعَةٍ،

[بابُ العارِيَةِ]

قوله: (باب العارية) ذكروها عقب الإقرار لأنها تشبهه، من حيث إن في كل إزالة ما هو تحت يده لغيره.

والأصل فيها قبل الإجماع: قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ فسرهُ جمهور المفسرين بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض، والخبر المتفق عليه: (أنه صلى الله تعالى عليه وسلم استعار فرساً لأبي طلحة رضي الله تعالى عنه فركبه)^(١)، وخبر أبي داود وغيره بإسناد جيد: أنه صلى الله تعالى عليه وسلم استعار درعاً من صفوان بن أمية يوم حنين، فقال: أغضب يا محمد؟ فقال: «بل عارية مضمونة»^(٢).

قوله: (بتشديد الياء) هي اللغة الفصحى.

قوله: (وقد تخفف) أي: الياء، قال في الغرر: (وفيها لغة ثالثة عارة حكاها ابن سيده وغيره)^(٣).

قوله: (وهو اسم لما يعار) أي: لغة وشرعاً أو لغة فقط أو لغة لما يعار وشرعاً للعقد كذا قيل، لكن قوله الآتي: (وحقيقتها شرعاً...) إلخ، يفيد أن إطلاقها على كل من العقد وما يعار لغوي، فليتأمل وليحرر.

قوله: (ولعقدها) أي: واسم أيضاً لعقد العارية، قال (ع ش): (فهي مشتركة بينهما وقد تطلق على الأثر المترتب على ذلك من جواز الانتفاع وعدم الضمان وهذا مورد الفسخ والانفساخ)^(٤) قال الجمل: (ولعل مراده بعدم الضمان: عدم ضمان المنافع التي يستوفيها المستعير وإلا... فالعين مضمونة كما هو ظاهر)^(٥).

قوله: (من عار إذا ذهب وجاء بسرعة) منه قيل للغلام الخفيف عيار كثرة ذهابه ومجيئه، قال

(١) صحيح البخاري (٢٨٦٢)، صحيح مسلم (٤٩/٢٣٠٧) عن سيدنا أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) سنن أبي داود (٣٥٦٢).

(٣) الغرر البهية (٣/٦).

(٤) حاشية الشيرازي (١١٧/٥).

(٥) فتوحات الوهاب (٤٥٢/٣).

أَوْ مِنَ التَّعَاوُرِ وَهُوَ التَّنَاوُبُ ، وَحَقِيقَتُهَا شَرْعاً : إِبَاحَةُ الْإِنتِفَاعِ مَجَانّاً بِمَا يَحُلُّ الْإِنتِفَاعُ بِهِ ، مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وَمَعَ كَوْنِهَا إِبَاحَةً تُرَدُّ بِالرَّدِّ ، بِخِلَافِ مُطْلَقِ الْإِبَاحَةِ . وَهِيَ سَنَةُ أَصَالَةٍ إِجْمَاعاً ؛ لِشِدَّةِ الْحَاجَةِ

في « القاموس » : (عار الرجل : ذهب وجاء ، والعيار : الكثير المجيء والذهاب والذكي الكثير التطواف)^(١) .

قوله : (أَوْ مِنَ التَّعَاوُرِ وَهُوَ التَّنَاوُبُ) أي : لتناوب المالك والمستعير في الانتفاع ، ونقل عن الجوهري أنه قال : (كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب)^(٢) .

واعترض عليه بأنه صلى الله تعالى عليه وسلم فعلها ، بل تكرر منه ، ولو كانت عيباً . ما فعلها فضلاً عن تكرارها ، وبأن ألف العارية منقلبة عن واو ، فإن أصلها عورية ، وأما ألف العار . فمنقلبة عن ياء بدليل عيرته كذا أو بكذا .

وأجيب عن الأول بأن من شأن العارية ذلك في عرف الجاهلية لا الشرع ، وعن الثاني بأن كلامه لا يستدعي الاشتقاق ، وإنما أراد أنهم لمحوا هذا المعنى فيها لاشتراك لفظهما ، على أنه لو صرح به . . أمكن حمله على الاشتقاق الذي يشترط فيه الموافقة في أكثر الحروف لا في جميعها وهو المسمى بالاشتقاق الأكبر ، تدبر .

قوله : (وَحَقِيقَتُهَا شَرْعاً) أي : حقيقة العارية في الشرع .

قوله : (إِبَاحَةُ الْإِنتِفَاعِ مَجَانّاً) أي : لغيره بالصيغة .

قوله : (بِمَا يَحُلُّ الْإِنتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ) أي : ليرده المستعير على المعير ، ولها أربعة أركان : معير ، ومستعير ، ومعار ، وصيغة ، وكلها إلا المستعير ستأتي في كلام المصنف ببيان شروطها .

قوله : (وَمَعَ كَوْنِهَا) أي : العارية (إِبَاحَةً) .

قوله : (تَرَدُّ بِالرَّدِّ) أي : برد المستعير إياها ، فلا يجوز له الانتفاع بعد تصريحه بالرد ، خلافاً لما في « حاشية الروض » من أنها لا ترتد بالرد فيجوز الانتفاع بعد التصريح بالرد^(٣) .

قوله : (بِخِلَافِ مُطْلَقِ الْإِبَاحَةِ) أي : فإنها لا ترتد بالرد اتفاقاً ، ووجه ما قاله الشارح : أنها غير إباحة محضة .

قوله : (وَهِيَ سَنَةُ أَصَالَةٍ إِجْمَاعاً لِشِدَّةِ الْحَاجَةِ) قال الروياني وغيره : (وكانت واجبة في صدر

(١) القاموس المحيط (١٣٩/٢ - ١٤٠) ، مادة : (العير) .

(٢) الصحاح (٦٥٣/٢) ، مادة : (عور) .

(٣) حواشي الرمل على شرح الروض (٣٢٤/٢) .

إِلَيْهَا ، وَقَدْ تَجِبُ ؛ كِإِعَارَةِ ثَوْبٍ لِحَرٍّ أَوْ بَرْدٍ ، أَوْ مَا يَنْقَذُ بِهِ غَرِيقًا ، أَوْ يُذْخِ بِهِ حَيَوَانٌ مُحْتَرَمٌ يُخْشَى مَوْتُهُ ،

الإسلام للآية السابقة ثم نسخ وجوبها فصارت مستحبة (أي : أصالة « شرح الروض »^(١) .

قوله : (وقد تجب) أي : الإعارة ، هذا محترز قوله : (أصالة) .

قوله : (كإعارة ثوب لحر أو برد) أي : وإعارة ثوب أو مصحف توقفت صحة الصلاة عليه ، إن قلت : ليست هذه عارية ؛ لأنه لا يلزمه بذل ماله ولا منفعته مجاناً ، بل بالأجرة ولو في الواجب العيني . . قلت : يتصور حقيقة العارية ؛ بأن يقل الزمن جداً بحيث لا يقابل بأجرة ، فهذه عارية ؛ إذ لا عوض فيها ، وكذا لو طال الزمن وكان لو صبر لتقدير أجرة . . لخشي عليه مبيع تيمم ، فيلزمه بذله بلا مقابل ابتداء وإن وجب له أجرة مثل ، نعم ؛ الموجود صورة العارية لا حقيقتها « حاشية الفتح »^(٢) .

قوله : (أو ما ينقذ به غريقاً) أي : أو حريقاً ، وكذا إعارة ما كتب صاحب الحديث بنفسه أو مأذونه فيه سماع غيره أو روايته ؛ لينسخه منه كما صوبه النووي وغيره^(٣) ، ووجهه كما قاله ابن الصلاح : أن ذلك بمنزلة شهادة له عنده فعليه أداؤها بما حوته وإن كان فيه بذل ماله ، كما يلزم متحمل الشهادة أداؤها وإن كان فيه بذل نفسه بالسعي إلى مجلس الحكم لأدائها^(٤) ، ووجهه البلقيني بغير هذا ؛ وهو أن مثل ذلك من المصالح العامة التي يحتاج إليها مع حصول علة بين المحتاج والمحتاج إليه تقتضي إلزامه بإسعافه في مقصده ، قال : وأصله : إعارة الجدار لوضع جذوع الجار عليه ، وقد ثبت ذلك في « الصحيحين »^(٥) ، وقال بوجوب ذلك جمع من العلماء ، وهو أحد قولي الشافعي ، فإذا كان يلزم الجار بالعارية مع دوام الجذوع في الغالب . . فلأن يلزم صاحب الكتاب مع عدم دوام العارية أولى ، تأمل .

قوله : (أو يذبح به حيوان محترم يخشى موته) أي : وإعارة سكين يذبح به حيوان . . . إلخ ، قال العلامة ابن قاسم : (لا ينافي وجوب الإعارة هنا أن المالك لا يجب عليه ذبحه وإن كان في ذلك إضاعة مال ؛ لأنها بالترك هنا ، وهو غير ممتنع ؛ لأن عدم الوجوب عليه لا ينافي وجوب استعارته

(١) أسنى المطالب (٣٢٤ / ٢) .

(٢) حاشية « فتح الجواد » (١ / ٥٤٢) .

(٣) إرشاد طلاب الحقائق (ص ١٥٢) .

(٤) مقدمة ابن الصلاح (ص ٣٨٨) .

(٥) صحيح البخاري (٢٤٦٣) ، صحيح مسلم (١٦٠٩) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

وَقَدْ تَحَرَّمَ ؛ كَصِيدٍ مِنْ مُحْرِمٍ ، وَأَمَةٍ مِنْ أَجْنَبِيٍّ ، وَتُكْرَهُ كَعَبْدٍ مُسْلِمٍ مِنْ كَافِرٍ . (شَرْطُ الْمُعِيرِ صِحَّةُ تَبَرُّعِهِ) لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ بِالْمَنْفَعَةِ (فَلَا تَصِحُّ إِعَارَةُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالسَّفِيهِ) وَالْمَكَاتِبِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ،

إذا أراد حفظ ماله ، كما يجب الاستيداع إذا تعين للحفظ وإن جاز للمالك الإعراض عنه إلى التلف ، وهذا ظاهر وإن توهم بعض الطلبة المنافاة^(١) .

قوله : (وقد تحرم) أي : الإعارة .

قوله : (كصيد من محرم وأمة من أجنبي) أي : والغلمان لمن عرف باللوأط ، لكن هذه الصور ليست من أقسام العارية الصحيحة ، فالأولى : التمثيل بإعارة حبل وسلاح لحربي على ما يأتي ، أفاده (ع ش)^(٢) .

قوله : (وتكره) أي : وقد تكره الإعارة .

قوله : (كعبد مسلم من كافر) أي : إعارة عبد مسلم لخدمة كافر ، قال في « حاشية الفتح » : (ظاهر كلامهم : أنه لا ينصور فيها المباح المستوي الطرفين ولا خلاف الأولى ، ولو قيل بإباحتها حيث تعارض مدرك الكرامة والسنية مع الاستواء وبكونها خلاف الأولى إذا كان مدرك المنع أقوى . . لم يبعد)^(٣) ، وفي « ع ش » : (وقد تصور الإباحة بإعارة من لا حاجة له بالمعار بوجه)^(٤) .

قوله : (شرط المعير) أي : الذي هو الركن الأول من أركان العارية .

قوله : (صحة تبرعه) أي : بأن يكون رشيداً ، والمراد : التبرع الناجز ؛ ليخرج السفیه فإنه يصح تبرعه بالوصية) .

قوله : (لأنها) أي : الإعارة .

قوله : (تبرع بالمنفعة) أي : بإباحة المنفعة ، فلا تصح ممن لا يصح تبرعه .

قوله : (فلا تصح إعارة الصبي والمجنون والسفيه) أي : والمفلس ؛ أي : ولو لنحو داره يوماً فيما يظهر من كلامهم ، خلافاً للأسنوي ؛ لأنه ممنوع من التبرع مطلقاً ، وإنما جعل المفلس أهلاً له في الضمان من جهة تصرف في الذمة ، وهنا المراد : التصرف في العين .
قوله : (والمكاتب بغير إذن سيده) أي : أما بإذنه . . فتصح إعارته .

(١) حاشية ابن قاسم على التحنة (٤١٠/٥) .

(٢) حاشية الشبراملسي (١١٨/٥) .

(٣) حاشية فتح الجواد (٥: ٢/١) .

(٤) حاشية الشبراملسي (١١٧/٥) .

والمستعير والولي مال موليه ، ولا نفس موليه - ولو مجنوناً وسفياً بالغاً - لخدمة تضره ، أو لها أجره . (وَأَنْ يَكُونَ مَالِكاً لِلْمَنْفَعَةِ ، فَيُعِيرُ الْمُسْتَأْجِرُ) إجارة صحيحة ؛ إذ لا تملك المنفعة إلا بها ، والموقوف عليه ، والموصى له بالمنفعة

قوله : (والمستعير) سيأتي في كلام المتن .

قوله : (والولي مال موليه) أي : لأنه غير أهل للتبرع فيه .

قوله : (ولا نفس موليه) أي : لا تصح إجارة الولي نفس المولي ؛ للخدمة الآتية .

قوله : (ولو مجنوناً وسفياً بالغاً) أي : كما بحثه الزركشي واعتمدوه .

قوله : (لخدمة تضره أو لها أجره) أي : بخلاف خدمة ليست كذلك ؛ لأن له استخداماً في ذلك ، وأطلق الروياني حل إعارته لخدمة من يتعلم منه ؛ لقصة أنس رضي الله تعالى عنه في « الصحيح »^(١) .

هذا ؛ وسكت المصنف عن شرط المستعير الذي هو الركن الثاني ؛ وشرطه : أن يكون أهلاً للتبرع عليه بعقد ، وقد صرح به صاحب « البهجة » حيث قال : [من الرجز]

متى يعر من تبرع صلح أهل تبرعاته عليه صح^(٢)

فلا تصح لمن لا عبارة له ؛ كصبي ومجنون وبهيمة ، قال في « التحفة » : (ويشترط تعيينه ، فلو فرش بساطه لمن يجلس عليه ولو بالقرينة ؛ كما على دكاكين البزازين بالنسبة لمريد الشراء منهم . . لم يكن عارية ، بل مجرد إباحة)^(٣) .

قوله : (وأن يكون) أي : المغير .

قوله : (مالكاً للمنفعة) أي : منفعة المعار ولو بوقف ووصية كما سيأتي .

قوله : (فيعير المستأجر) أي : فيجوز له أن يعير ما استأجره ؛ لأنه مالك للمنفعة .

قوله : (إجارة صحيحة) أي : بخلاف المستأجر إجارة فاسدة فإنه لا يعير .

قوله : (إذ لا تملك المنفعة إلا بها) أي : الإجارة الصحيحة .

قوله : (والموقوف عليه) أي : إن لم يشترط الواقف استيفاءه بنفسه .

قوله : (والموصى له بالمنفعة) أي : إلا مدة حياته على تناقض فيه ، كذا في « التحفة »^(٤) ،

(١) صحيح البخاري (٢٨٦٢) ، صحيح مسلم (٤٩ / ٢٣٠٧) .

(٢) بهجة الحاوي (ص ١١٣) .

(٣) تحفة المحتاج (٤١١ / ٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٤١٣ / ٥) .

وإن لم يملك العين ؛ لأنها تردُّ على المنفعة فقط . والمرادُ بِـ (مِلْكِ المنفعة) هُنَا : ما يعمُّ الاختصاصَ بِهَا ، فتصحُّ إعارَةُ كلبٍ صيدٍ ، ومنذورٍ هديٍّ ، وأضحيةٍ ، وإعارَةُ الإمامِ مالاً لبيتِ المالِ .

قال ابن قاسم : (هذا مسلم إن دلت قرينة على مباشرة الانتفاع بنفسه ؛ كأن أوصى أن ينتفع به مدة حياته ، وإلا - أي : كأن أوصى له بالمنفعة مدة حياته - فله الإعارة وإن قيد بمدة حياته تأمل^(١) .

قوله : (وإن لم يملك العين) غاية لقول المتن : (وأن يكون مالكا للمنفعة) ، قال الأذرعى : (يجب ألا يجوز لمالك المنفعة فقط الإعارة إلا ممن يجوز إيداع تلك العين عنده ، ووجهه ظاهر ، ولم أره نصاً) ، نقله في « حاشية الروض » وأشار إلى تصحيحه^(٢) .

قوله : (لأنها ترد على المنفعة فقط) أي : دون العين ، فلم يشترط كون المعير مالكا لها .
قوله : (والمراد بملك المنفعة هنا) أي : في المعير ، وأشار بهذا المراد إلى جواب ما أورد على قيد الملك في ذلك من صحة الإعارة في المسائل الآتية مع أن المعير ليس مالكا للمنفعة فيها .
قوله : (ما يعم الاختصاص بها) أي : بالمنفعة والتصرف فيها لا بطريق الإباحة .
قوله : (فتصح إعارة كلب صيد) أي : لأنه وإن لم يكن مملوكا لكنه مختص به .
قوله : (ومنذور هدي وأضحية) أي : مع خروجه عن ملكه ، لكن منافعه مختصة بالناذر ، ولذا جاز شربه للبنه وركوبه ، قال بعضهم : (لو تلف . . ضمنه المعير والمستعير ، وليس لنا معير يضمن إلا في هذه الصورة)^(٣) ، ومراده كما قاله (ع ش) : أن كلاً طريق للضمان ، وأما قراره . . فعلى من تلف تحت يده^(٤) .

قوله : (وإعارة الإمام مالاً لبيت المال) أي : لأنه إذا جاز له التملك . . فالإعارة أولى ، كذا في « التحفة » و « النهاية » عن الأسنوي ثم قالوا : (ورد بأنه إن أعاره لمن له حق في بيت المال . . فهو إيصال حق [لمستحق] فلا يسمى عارية ، أو لمن لا حق له فيه . . لم يجز ؛ لأن الإمام فيه كالولي في مال موليه ، وهو لا يجوز له إعارة شيء منه مطلقاً)^(٥) .

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (٤١٣/٥) .

(٢) حواشي الرملي على شرح اروض (٣٢٤/٢ - ٣٢٥) .

(٣) انظر « حاشية ابن قاسم على التحفة » (٤١٢/٥) .

(٤) حاشية الشبراملسي (١٠٩/٥) .

(٥) تحفة المحتاج (٤١٢/٥) ، نهاية المحتاج (١١٩/٥ - ١٢٠) .

وقد تطابق الناس على أن الفقيه والصوفي يعبران سكنهما بالرباط والمدرسة ، وبه ينازع في قول ابن أرفة : شرط إعاره الموقوف عليه كونه ناظراً ،

قال السيد عمر البصري : (نظير هذا التردد جار في التملك الصادر من الإمام لمال بيت المال ، وقد صرحت الأئمة به ، ولك أن تقول : نختار الشق الأول ونمنع المحذور المترتب عليه ؛ لأن الاستحقاق غير منحصر في المذكور ، بل هو لعموم المسلمين ، فإذا خص الإمام واحداً بتمليك أو إعاره . . فقد ناب عن الباقي في تعيين ما يخصهم في المال المتصرف فيه لمن صرفه له ، إلا أن يقال : ليس الحق للعموم حتى يكون مشتركاً شركة حقيقية بين سائر الأفراد ، بل الحق للجهة ، فإذا دفع لبعض أفرادها . . وقع في محله بالأصالة) فليتأمل .

قوله : (وقد تطابق الناس) أي : من قديم الزمان إلى زمن هؤلاء لمحققين ، بل إلى زماننا هذا .

قوله : (على أن الفقيه والصوفي يعبران سكنهما بالرباط والمدرسة) أي : وما في معناهما ، قال في « الفتح » : (وفعله النووي ، وعليه : فالمراد بملكه المنفعة : ما يعم أن ينتفع به وإن لم يملك المنفعة ، أو يجاب بأن ملكها شرط للعارية الحقيقية ، وهذه ليست كذلك وإن جازت مسامحة لجلب الثواب للواقف)^(١) ، وقالوا في « التحفة » و « النهاية » بعد نقلهما امتناع ذلك عن الأذرعى : (ولعل مراده : أن ذلك لا يسمى عارية حقيقة ، فإن أراد حرمة . . فممنوع حيث لم ينص الواقف على شيء ولم تكن في زمنه عادة مطردة بمنع ذلك)^(٢) .

قال العلامة الرشيدي : (إن كانت الصورة : أنه أعار لمستحق السكنى في المدرسة أو الرباط . . فلا يتجه إلا الجواز ، لكن هذا ليس عارية وإنما هو إسقاط حق ، ولعل هذا هو الذي فهمه الشارح عن الأذرعى ، وإن كانت الصورة : أنه أعار لغير مستحق . . فلا يتجه إلا المنع ، ولعله مراد الأذرعى فلم يتوارد معه الشارح على محل واحد ، ثم لا يخفى أن الصورة على كل منهما : أن الفقيه أو الصوفي يخرج من المسكن المذكور ويعيره لغيره ، أما كونه يدخل عنده نحو ضيف . . فالظاهر : أن هذا لا نزاع في جوازه)^(٣) .

قوله : (وبه) أي : بما تقرر من تطابقهم على أن الفقيه . . إلخ .

قوله : (ينازع في قول ابن أرفة : شرط إعاره الموقوف عليه كونه ناظراً) كذا نازعه في

(١) فتح الجواد (٥٤٣/١) .

(٢) تحفة المحتاج (٤١١/٥ - ٤١٢) ، نهاية المحتاج (١١٩/٥) .

(٣) حاشية الرشيدي (١١٩/٥) .

(دُونَ الْمُسْتَعِيرِ) فَلَا يَعِيرُ بغيرِ إِذْنٍ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ لِلْمَنْفَعَةِ ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ ، وَالْمُسْتَبِيحُ لَا يَمْلِكُ الْإِبَاحَةَ كَالضَّيْفِ لَا يَبِيحُ لغيرِهِ . (وَشَرَطُ الْمُسْتَعَارِ كَوْنُهُ مُنْتَفِعاً بِهِ)

« الفتح »^(١) ، وقال في « التحفة » : (يعير موقوف عليه ؛ أي : بإذن الناظر إن كان غيره ، وعليه يحمل تقييد ابن الرفعة جواز إعارة الموقوف عليه بما إذا كان ناظراً ؛ أي : وإلا .. احتاج إلى إذن الناظر ؛ إذ من الواضح أن مراده : ألا يصدر ذلك إلا عن رأيه ؛ ليشمل كونه مستحقاً وآذناً للمستحق) انتهى^(٢) ، وقد استظهر الرملي والخطيب كلام ابن الرفعة^(٣) .

قوله : (دون المستعير فلا يعير) أي : على الصحيح ، ولكن له أن يستنيب من يستوفي المنفعة ؛ كأن يركب الدابة المستعارة وكيله الذي هو مثله أو دونه في حاجته أو زوجته أو خادمه ؛ لأن الانتفاع راجع إليه بواسطة المباشرة ، قال في « التحفة » : (والذي يتجه : أنه إذا استعار لإركاب زوجته فلانة .. جاز له إركاب ضررتها التي مثلها أو دونها ، ما لم تقم قرينة على التخصيص ؛ ككون المسماة محرم المعير)^(٤) .

قوله : (بغير إذن) أي : فإن أذن له المالك .. صحت الإعارة ، قال الماوردي : (ثم إن لم يسم من يعير له .. فالأول على عاريتة ؛ وهو المعير من الثاني والضمان باق عليه ، وله الرجوع فيها ، وإن ردها الثاني عليه .. برىء ، وإن سماه .. انعكست هذه الأحكام . انتهى « أسنى » و« مغني »^(٥) .

قوله : (لأنه) أي : المعير .

قوله : (غير مالك للمنفعة ، وإنما أبيع له الانتفاع) أي : ولهذا : لا يجوز له الإيجار .

قوله : (والمستبيع لا يملك الإباحة) أي : لا يملك نقل ما أبيع له لغيره .

قوله : (كالضيف لا يبيع لغيره) أي : لا يجوز له أن يبيع لغيره ما قدم له .

قوله : (وشرط المستعار) أي : وهو الركن الثالث .

قوله : (كونه منتفعاً به) أي : حالاً انتفاعاً مباحاً مقصوداً ، فلا تصح إعارة حمار زمن وجش

صغير ؛ كما يصرح به قول الروياني : كل ما جازت إجارته .. جازت إعارته ، وما لا .. فلا ،

(١) فتح الجواد (٥٤٣/١) .

(٢) تحفة المحتاج (٤١٣/٥) .

(٣) نهاية المحتاج (١٢٠/٥) ، مغني المحتاج (٣٤١/٢) .

(٤) تحفة المحتاج (٤١٤/٥) .

(٥) أسنى المطالب (٢٥/٢) ، مغني المحتاج (٣٤١/٢) .

مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ) فلا تصح إعارته نحو مطعم ؛ إِذْ بِالْإِسْتِهْلَاكِ يَنْتَفِي الْمَعْنَى الْمَقْصُودُ مِنَ الْإِعَارَةِ .
(وَلَا تَصِحُّ إِعَارَةُ الدَّرَاهِمِ) لغير التزيين بها أو الضرب على طبعها ؛ إِذْ مُعْظَمُ مَنْفَعَتِهَا فِي الْإِنْفَاقِ
وَالْإِخْرَاجِ ، أَمَّا إِذَا صُرِّحَ بِإِعَارَتِهَا لِأَحَدٍ هَذِينَ .. فَتَصِحُّ ؛

واستثنوا فروعا ليس هذا منها ، والاستثناء معيار العموم . . . إلى آخر ما بي « التحفة »^(١) ، وخالفه
الرملي في مسألة الجحش فاعتمد صحة إعارته إن كانت العارية مطلقة أو مؤقتة زماناً يمكن الانتفاع به
فيه ، وإلا . . . فلا ، قال : (ولا ينافي ذلك اشتراط وجود النفع حال العقد في الإجارة ؛ لمقابلتها
بعوض ، بخلاف ما هنا ، ولا قول الروياني : كل ما جازت . . . إلخ ؛ لقبوله التخصيص بما
ذكرناه) انتهى^(٢) .

قوله : (مع بقاء عينه) أي : المستعار ؛ كدار وثوب وعبد .

قوله : (فلا تصح إعارته نحو مطعم) أي : للأكل ومشروب للشرب وشمعة للوقود .

قوله : (إذ بالاستهلاك) أي : الذي هو الانتفاع بالمطعم .

قوله : (ينتفي المعنى المقصود من الإجارة) أي : وهو الانتفاع به مع بقاء عينه ، ومن ثم :
بحث صحة إعارته ذلك للتزيين ، ثم كون الإجارة لاستفادة المستعير محض المنفعة هو الغالب
والأكثر ، فلا ينافيه أنه قد يستفيد عيناً من المعار ؛ كإعارة شاة أو شجرة أو بئر أو دواة ؛ لأخذ در
ونسيل ، أو ثمر أو ماء أو حبر للكتابة ؛ وذلك لأن الأصل هو العارية ، والفوائد إنما حصلت بطريق
الإباحة والتبع ، فعلم : أن شرط العارية ألا يكون فيها استهلاك المعار ، لا أن يكون المقصود منها
استيفاء عين ، تأمل .

قوله : (ولا تصح إعارته الدراهم) أي : والدنانير ، فلو عبر بالنقد . . . كان أولى .

قوله : (لغير التزيين بها أو الضرب على طبعها) قيد لعدم الصحة .

قوله : (إذ معظم منفعتها في الإنفاق والإخراج) أي : ومنفعة التزيين بها ، والضرب على
طبعها منفعة ضعيفة قلما تقصد .

قوله : (أما إذا صرح بإعارتها لأحد هذين) أي : التزيين بها أو الضرب على طبعها ، وهذا
مقابل القيد المذكور ، قال في « الأسنى » : (أو نواها فيما يظهر)^(٣) .

قوله : (فتصح) أي : الإجارة .

(١) تحفة المحتاج (٥/٤١٤) .

(٢) نهاية المحتاج (٥/١٢١) .

(٣) أسنى المطالب (٢/٣٢٥) .

لِاتِّخَاذِ هَذِهِ الْمَنْفَعَةِ مَقْصُوداً وَإِنْ ضَعُفَتْ ، وَلَوْ أَطْرَدَ عَرَفُ بَلَدٍ بِأَنَّ عَارِيَّةَ النِّقْدِ بِمَعْنَى قَرْضِهِ . . صَحَّ قَرْضاً . (وَلَا تَصِحُّ إِعَارَةُ الْجَارِيَةِ لِلْخِدْمَةِ إِلَّا لِلْمَحْرَمِ) لَهَا ، أَوْ مَمْسُوحٍ (أَوْ امْرَأَةٍ) قَالَ الْأَذْرَعِيُّ : إِلَّا الَّتِي عُرِفَتْ بِنَحْوِ سَحْقٍ ، أَوْ قِيَادَةٍ (أَوْ زَوْجٍ) وَتَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ وَلَوْ لَيْلًا حَتَّى يَسْلَمَهَا لِمَالِكِهَا

- قوله : (لاتخاذ هذه المنفعة مقصداً وإن ضعفت) تعليل للصحة ، وأخذ من قولهم : (والضرب على طبعها) : جواز استعارة الخط والثوب المطرز ليكتب ويخاط على صورته .
- قوله : (ولو اطرده عرف بلد بأن عارية النقد بمعنى : قرضه) أي : بأن شاعت لفظة الإعارة في قرض النقد ، وعبارة « التحفة » : (ولو شاع « أعرنى » في القرض كما في الحجاز . . كان صريحاً فيه ، قاله في « الأنوار » . .) إلخ^(١) ، ونقله أيضاً في « حاشية الروض » عن « التتمة »^(٢) .
- قوله : (صح قرضاً) أي : وعليه : فالفرق بينه وبين قولهم في الطلاق : لا أثر للإشاعة في الصراحة ؛ بأنه يحتاط للأضاع ما لا يحتاط لغيرها ، وظاهر صنيع « التحفة » تقرير كلام « الأنوار » المذكور ، لكنه في (باب القرض) بحث على أنه فيما لا يصح إعارته كناية ؛ لأنه لم يجد نفاذاً في موضوعه ، وفي غيره ليسر كناية ؛ لأنه صريح في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه ، ورد بهذا التفصيل إطلاق بعضهم صراحتها إن شاعت ، وقد نقلت هناك عبارة « التحفة » فراجعه .
- قوله : (ولا تصح إعارة الجارية للخدمة) أي : وتحرم .
- قوله : (إلا للمحرم لها) أي : من نسب أو رضاع أو مصاهرة ، ومثل محرمها مالِكها ؛ كأن يستعيرها من مستأجرها أو الموصى له بمنفعتها .
- قوله : (أو ممسوح) ينبغي تقييده بعدم بقاء الشهوة فيه . شرواني^(٣) .
- قوله : (أو امرأة ، قال الأذرعى : إلا التي عرفت بنحو سحاق أو قيادة) أي : كذا لو كانت إحدهما مسلمة على الأوجه ؛ لحرمة نظر الكافرة إليها فهي معها كالأجنبي ، ومثله : لو كان أحدهما ختنى ؛ احتياطاً . « فتح الجواد »^(٤) .
- قوله : (أو زوج) أي : زوج الجارية .
- قوله : (وتكون مضمونة عليه ولو ليلاً حتى يسلمها لمالكها) أي : أو نائبه ، ولا تسقط نفقتها

(١) تحفة المحتاج (٥/٤١٨) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٢/٣٢٥) .

(٣) حاشية الشرواني (٥/١٦) : .

(٤) فتح الجواد (١/٥٤٤) .

(أَوْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا تُشْتَهَى ، أَوْ شَوْهَاءَ) أَي : قَبِيحَةَ الْمَنْظَرِ ، بِخِلَافِهَا لِأَجْنَبِيٍّ يَحْرُمُ نَظَرُهُ إِلَيْهَا ؛ لَخَوْفِ الْفِتْنَةِ ، لِأَنَّ الْخِدْمَةَ تَسْتَلْزِمُ ذَلِكَ وَالْخُلُوةَ الْمَحْرَمَةَ غَالِبًا ؛ إِذْ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بغيره ،

عن الزوج كما استقر به (ع ش) لأنه متمكن من التمتع بها أي وقت أراده ، ولو فرض استخدامها في وقت يريد التمتع بها فيه . . فهو المفوت للمنفعة على نفسه .

نعم ؛ محل ذلك إن تمتع بها وأعرض عن العارية ، أما لو لاحظ العارية . . فتسقط كما استقر به (ع ش) أيضاً ؛ لأنها مسلمة عن جهة العارية ، فلي تأمل ^(١) .

قوله : (أَوْ كَانَتْ) أَي : الْجَارِيَةِ ، عطف على مدخول (إِلَّا) .

قوله : (صَغِيرَةً لَا تُشْتَهَى أَوْ شَوْهَاءَ ؛ أَي : قَبِيحَةَ الْمَنْظَرِ) أَي : بَحِيثٌ يُؤْمَنُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ عَلَيْهَا ؛ وَذَلِكَ لِاتِّفَاءِ خَوْفِ الْفِتْنَةِ ، قَالَ فِي « الْأَسْنَى » : (هَذَا مَا رَجَحَ فِي « الرُّوضَةِ » ، وَرَجَحَ فِي « الشَّرْحِ الصَّغِيرِ » الْمَنْعَ فِيهِمَا ، وَقَالَ الْأَسْنَوِيُّ : الصَّوَابُ : الْجَوَازُ فِي الصَّغِيرَةِ ؛ لِجَوَازِ الْخُلُوةِ بِهَا دُونَ الْكَبِيرَةِ) ^(٢) أَي : الشَّوْهَاءُ .

قوله : (بِخِلَافِهَا) أَي : إِعَارَةَ الْجَارِيَةِ .

قوله : (لِأَجْنَبِيٍّ) أَي : وَلَوْ شَيْخًا هَرَمًا لَتَخْدَمَهُ .

قوله : (يَحْرُمُ نَظَرُهُ إِلَيْهَا) أَي : إِلَى الْجَارِيَةِ قَالَ فِي « التَّحْفَةِ » : (وَقَدْ تَضَمَّنَ نَظَرًا أَوْ خُلُوةَ مُحْرَمَةٍ وَلَوْ بِاعْتِبَارِ الْمُظَنَّةِ فِيمَا يَظْهَرُ ، بِخِلَافِ مَا لَا يَتَضَمَّنُ ذَلِكَ - أَي : كَاسْتِعَارَةِ الْأَجْنَبِيِّ إِيَّاهَا لَخِدْمَةِ أَوْلَادِهِ الصَّغَارِ - وَعَلَيْهِ يَحْمِلُ كَلَامُ « الرُّوضَةِ ») ^(٣) .

قوله : (لَخَوْفِ الْفِتْنَةِ) تَعْلِيلٌ لِمَحْذُوفٍ مَفْرَعٌ عَلَى قَوْلِهِ : (بِخِلَافِهَا) أَي : فَلَا تَصَحُّ ؛ لَخَوْفِ الْفِتْنَةِ .

قوله : (لِأَنَّ الْخِدْمَةَ تَسْتَلْزِمُ ذَلِكَ) أَي : النَّظَرَ .

قوله : (وَالْخُلُوةَ الْمَحْرَمَةَ غَالِبًا) أَي : وَتَسْتَلْزِمُ الْخُلُوةَ . . . إلخ ، فَهُوَ مَعْطُوفٌ عَلَى اسْمِ الْإِشَارَةِ .

قوله : (إِذْ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِهِ) أَي : فَإِنْ افْرَضَ أَنَّهُ اسْتَعَارَهَا لَخِدْمَةِ نَفْسِهِ الْمَتَضَمِّنَةِ نَظَرًا أَوْ خُلُوةً .

(١) حاشية الشيرازي (١٢٢/٥) .

(٢) أسنى المطالب (٣٢٦/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٤١٧/٥) .

بخلاف نحو المستأجر . (وَلَا بُدَّ) في صَحَّةِ الْعَارِيَّةِ (مِنْ لَفْظٍ) أو كتابة مع نية ، أو إشارة أخرس مفهمة تدلُّ على الإِذْنِ في الانتفاع ولو كان مِنْ طرفٍ مع فعلٍ مِنْ الْجَانِبِ الْآخَرِ وَإِنْ تَرَخِي عَنْهُ

قوله : (بخلاف نحو المستأجر) أي : كالموصى له بمنفعتها فإنه يمكن استيفاء المنفعة بغيره ، وعبارة « الأسنى » عن الأسنوي : (ويفارق هذا - أي : ما ذكر من حرمة إعارة الجارية للأجنبي - جواز إجارتها والوصية بمنعتها له على ما دل عليه عموم كلامهم بأن المستأجر والموصى له يملكان المنفعة فيعيران ويؤجران لمن يخلو بها إن امتنع عليهما الانتفاع بأنفسهما ، والإعارة إباحة له فقط ، وإذا لم يستبح لنفسه . . . لم يكن له فائدة ، قال : وسكتوا عن إعارة العبد للمرأة ، وهو كعكسه بلا شك)^(١) .

قوله : (ولا بد في صحة العارية من لفظ . . .) إلخ ، هذا إشارة إلى شرط الركن الرابع ، وهو : الصيغة ، وعبارة « المنهج » : (وشرط في الصيغة لفظ يشعر بالإذن في الانتفاع ؛ كأعرتك ، أو بطلبه ؛ كأعرنى مع لفظ الآخر أو فعله)^(٢) .

قوله : (أو كتابة مع نية أو إشارة أخرس مفهمة) أي : قياساً على البيع ، بل أولى .

قوله : (تدل) أي : امذكورات من اللفظ والكتابة والإشارة .

قوله : (على الإذن في الانتفاع) أي : إذ الانتفاع بمال الغير إنما يعتمد إذنه .

قوله : (ولو كان) أي : اللفظ أو نحوه .

قوله : (من طرف مع فعل من الجانب الآخر) أي : فلو قال : أعرنى فأعطاه ، أو قال له : أعرتك فأخذ . . . صحت عارية كما في إباحة الطعام ، ولا يشترط اللفظ من جانب المعير ، بخلافه في الوديعة ، والفرق : أن أصل وضع اليد على مال الغير الضمان ، فلا يزال إلا بلفظ من جانبه ، والوديعة أمانة فا-تتيج إلى لفظ من جانب المالك ، بخلاف العارية ؛ فإنها مضمونة على وفق الأصل فاكتفي فيها بلفظ من أحد الجانبين ، وأيضاً : فالوديعة مقبوضة لغرض المالك وغرضه لا يعلم إلا بلفظ من جانبه ، والعارية بالعكس فاكتفي فيها بلفظ المستعير ، كذا في « الأسنى »^(٣) .

قوله : (وإن تراخى عنه) أي : وإن تأخر أحدهما عن الآخر ، فلا يشترط القبول فوراً ؛ لأن ظن الرضا حاصل بذلك . قال (ع ش) : (ظاهره : وإن طال الزمن جداً ، ويوجه بأنه حيث

(١) أسنى المطالب (٣٢٦/٢) .

(٢) انظر « فتح الوهاب » (١/٢٢٠) .

(٣) أسنى المطالب (٣٢٧/٢) .

(كَأَعْرَتِكَ) أَوْ أَبَحْتِكَ مُنْفَعَةً هَذَا (أَوْ أَعْرَنِي) أَوْ أَسْتَعَرْتُ مِنْكَ هَذَا ، وَلَا يَكْفِي الْفَعْلُ مِنْ
الْطَّرَفَيْنِ إِلَّا فِيمَا هُوَ عَارِيَّةٌ ضِمْنًا كَظَرَفٍ مَبِيعٍ تَسَلَّمَهُ الْمُشْتَرِي فِيهِ ، وَكَإِنَاءٍ هَدِيَّةٍ تَطَوَّعَ اعْتِيدَ أَكْلُهَا
فِيهِ ؛

حصلت الصيغة . . لا يضر التأخر إن لم يوجد من المعير ما يدل على الرجوع ولا من المستعير
ما يدل على الرد (١) .

قوله : (كَأَعْرَتِكَ أَوْ أَبَحْتِكَ مُنْفَعَةً هَذَا) أي : وإن لم يصفه إلى العين ؛ كما في نظيره من
الإجارة . « مغني » و « نهاية » (٢) .

قوله : (أَوْ أَعْرَنِي أَوْ أَسْتَعَرْتُ مِنْكَ هَذَا) أي : وكاركب أو أركبني وخذه لتتفع ؛ لأن ذلك
يدل على الرضاء القلبي فأنيط الحكم به ، قال في « التحفة » : (وظاهر كلامهم : أن هذه الألفاظ
كلها ونحوها صرائح ، وأنه لا كناية للعارية لفظاً ، وفيه وقفة : ولو قيل : إن نحو خذه - أي :
لتنفع به - أو ارتفق به كناية . . لم يبعد ، ولا يضر صلاحية « خذه » للكناية في غير ذلك)
انتهى (٣) .

قوله : (وَلَا يَكْفِي الْفَعْلُ مِنَ الطَّرَفَيْنِ) أي : طرف المعير وطرف المستعير من غير لفظ من
أحدهما ، وهذا مرتبط بقوله : (ولو كان من طرف . . .) إلخ ، فالأولى : تقديمه على قوله :
(كَأَعْرَتِكَ) .

قوله : (إِلَّا فِيمَا هُوَ عَارِيَّةٌ ضِمْنًا) أي : فتحصل العارية بلا لفظ .

قوله : (كَظَرَفٍ مَبِيعٍ تَسَلَّمَهُ الْمُشْتَرِي فِيهِ) أي : فإن الظرف معار في الأصح .

قوله : (وَكَإِنَاءٍ هَدِيَّةٍ تَطَوَّعَ اعْتِيدَ أَكْلُهَا فِيهِ) أي : وأكلها فيه ، فإن لم يأكل فيه ؛ بأن نقل ما فيه
لغيره . . لم يكن عارية ، وإن أكل منه ولم يعتد . . كان غاصباً ، وإن أكل منه في غير هدية التطوع ؛
بأن كان لها عوض : فإن اعتيد الأكل منه . . لزمه أجره مثله ، ولا يضمنه ؛ لأنها إجارة فاسدة ،
وإلا . . ضمنه ؛ لأنه غاصب ، قال (سم) : (فالحاصل : أن الظرف أمانة قبل الاستعمال
[مطلقاً] ، ومغصوب بالاستعمال الغير المعتاد مطلقاً ، وعارية بالاستعمال المعتاد إن لم يكن
عوض ، وإلا . . فمؤجر بإجارة فاسدة) تأمل (٤) .

(١) حاشية الشيرازي (١٢٤/٥) .

(٢) معنى المحتاج (٣٤٣/٢) ، نهاية المحتاج (١٢٤/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (٤١٨/٥) .

(٤) حاشية ابن قاسم على التحفة (٤١٩/٥ - ٤٢٠) .

فحينئذ يضمنه إن تلف ، ولا أجره عليه . (ومؤنة الرد) للعارية (على المستعير) وإن أعير الله تعالى ، وإلا . . . أمتنع المالك منها . نعم ؛ المستعير من نحو مستأجر إن ردّ على مالك العين . . لم تلزمه مؤنة ردّ

قوله : (فحينئذ) أي : حين إذ كان ذلك الإناء عارية .

قوله : (يضمنه) أي : المهدى إليه ذلك الإناء .

قوله : (إن تلف ولا أجره عليه) أي : لاستعماله ، وإنما لم يكن هبة منافع دار إعاره لها ؛ للتصريح بهبة المنافع ، بخلاف الإناء لم يقع تصريح بهبة منفعه ، ولو فرش له ما جلس عليه أو ألبس عارياً . . كان عارية عند المتولي مستثنى من اشتراط اللفظ أيضاً ، واعتمده الشارح^(١) ، وخالفه الرملي فجعله إباحة^(٢) ، بخلاف ما لو دخل فجلس على فراش مبسوط . . فإنه إباحة اتفاقاً ؛ لأنه لم يقصد به انتفاع شخص بعينه ، والعارية لا بد فيها من تعيين المستعير .

قوله : (ومؤنة الرد للعارية) أي : إذا كان لها مؤنة .

قوله : (على المستعير) أي : من المالك أو نحو مستأجر رد عليه ، وهذا من أفراد قاعدة : كل ما كان مضمون العين . . كان مضمون الرد .

قوله : (وإن أعير الله تعالى) أي : وإن كانت إعارته إياها لله تعالى ؛ كأن أركب لإعيائه . « فتح الجواد »^(٣) .

قوله : (وإلا) أي : (إن لم نقل بأن مؤنة الرد على المستعير .

قوله : (امتنع المالك منها) أي : من الإعاره ؛ لكونها برأ ومكرمة ، والمستعير قبضها لمنفعة نفسه ، وفي الحديث : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه الترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط البخاري^(٤) .

قوله : (نعم ؛ المستعير من نحو مستأجر) أي : كالموصى له بالمنفعة ، وهذا استدراك على عموم كون مؤنة الرد على المستعير .

قوله : (إن رد على مالك العين) أي : لا إن رد على المعير .

قوله : (لم تلزمه مؤنة رد) أي : بل مؤنته على المالك .



(١) تحفة المحتاج (٤١٨/٥ - ٤١٩) .

(٢) نهاية المحتاج (١٢٥/٥) .

(٣) فتح الجواد (٥٤٥/١) .

(٤) سنن الترمذي (١٢٦٦) ، المستدرک (٤٧/٢) عن سيدنا سمرة بن جندب رضي الله عنه .

كَمَا لو ردَّ معيره على معيره.. لزمته ، أمَّا مؤنة العين.. فتلزم المالك فقط ؛ لأنها من حقوق المالك . (وَلِكُلِّ مِنْهُمَا) أي : المعير والمستعير (ردُّ الْعَارِيَةِ متى شاء) (إن بقيت المدة في المؤقَّته ولو في إعاره الجدار لوضع جذوع عليه ؛ لأنها إرفاق)

قوله : (كما لو رد معيره على معيره.. لزمته) كذا في هذا الكتاب ، ولعله تحريف ، وعبارة « التحفة » : (أما إذا رد على المالك.. فالمؤنة عليه - أي : المالك - كما لو رد عليه معيره - أي : وهو نحو المستأجر - قال : وظاهر كلامهم : أنه لا فرق بين بعد دار هذا عن [دار] معيره وعدمه ، ويوجه بأنه منزل منزلة معيره ، ومعيره لو كان في محله.. لم يلزمه مؤنة فكذا هو ، فتأمله ليندفع ما للأذرعى هنا) انتهى^(١) ، ونحوه في « النهاية »^(٢) .

قوله : (أما مؤنة العين) أي : عين المستعار ، هذا مقابل قوله : (مؤنة الرد) .
قوله : (فتلزم المالك فقط) أي : لا المستعير ، خلافاً للقاضي في قوله : (إنها على المستعير) .

قوله : (لأنها) أي : مؤنة العين .

قوله : (من حقوق المالك) أي : لا من حقوق العارية ، وعليه : فلو أنفق المستعير.. لم يرجع إلا بإذن الحاكم أو إشهاد بنية الرجوع عند فقده ، أو أخذه دراهم وإن قلت ، وسواء في ذلك العارية الصحيحة والفسادة .

قوله : (ولكل منهما ؛ أي : المعير والمستعير رد العارية متى شاء) أي : فهي من العقود الجائزة من الطرفين ، قال في « حاشية الروض » : (الجواز يطلق في السنة حملة الشريعة على أمور :

أحدها : رفع الحرج أعم من أن يكون واجباً أو مندوباً أو مكروهاً .

الثاني : على مستوي الطرفين ؛ وهو التخيير بين الفعل والترك .

الثالث : على ما ليس بلازم ؛ وهو اصطلاح الفقهاء في العقود^(٣) .

هذا ؛ والمراد من رد المعير رجوعه ، فلو عبر به.. لكان أولى .

قوله : (لأنها إرفاق) أي : ومبرة من المعير وارتفاق من المستعير ؛ أي : شأنها ذلك ، فلا ينافي أنه قد يستعير من هو غني عن الارتفاق به ؛ لوجود غيره في ملكه .

(١) تحفة المحتاج (٤٢٠/٥) .

(٢) نهاية المحتاج (١٢٦/٥) .

(٣) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٣١/٢) .

فَلَا يَلِيْقُ بِهَا الْإِلْزَامُ ، وَلَا أَجْرَةٌ عَلَى مُسْتَعِيرٍ أَنْتَفَعَ جَاهِلًا بِالرُّجُوعِ . وَقَدْ يَمْتَنَعُ الرُّجُوعُ كَمَا لَوْ أَعَارَ قَبْرًا لَدَفْنٍ مَيِّتٍ مُحْتَرَمٍ بَعْدَ مَوَارَاتِهِ بِالتُّرَابِ وَقَبْلَ بِلَاةٍ

قوله : (فلا يليق بها الإلزام) أي : لا للمعير ولا للمستعير ، واستفيد من جوازها كالوكالة انفساخها بما تنفسخ به الوكالة من نحو موت وجنون وإغماء وحجر ، وعلى وارث المستعير الرد فوراً وإن لم يطلب المعير ، وكذا يجب الرد عند طلبه أو موته أو حجره .

قوله : (ولا أجره على مستعير) أي : وكذا المباح له المنافع .

قوله : (انتفع جاهلاً بالرجوع) أي : رجوع المعير أو المبيع ، ولا ينافي هذا قولهم : إن الضمان لا يختلف بالعلم والجهل ؛ لأن محله إذا لم يسلطه المالك ولم يقصر بترك إعلامه ، واستقرب (ع ش) : أنه لا يستعمل العين بعد انقضاء المدة في المؤقتة جاهلاً بانقضائها . وجوب الأجرة عليه ؛ لأن الاستعمال في المؤقتة بعد فراغ المدة لم يتناول الإذن أصلاً فاستعماله محض تعد ، وأما جهله بذلك . . فإنما يفيد عدم الإثم فقط ؛ كما لو استعمل مال غيره جاهلاً بكونه ماله ، وربما أشعر به قولهم : لأن محله . . . إلخ ، فليتأمل^(١) .

قوله : (وقد يمتنع الرجوع) أي : في المعار ، فالمراد بجواز العارية : جوازها أصالة ، وإلا . . فقد يعرض لها اللزيم من الجانبين أو أحدهما ؛ كما في الأمثلة الآتية .

قوله : (كما لو أعار قبراً لدفن ميت محترم) هو هنا كل من وجب دفنه ، فيدخل فيه الزاني المحصن وتارك الصلاة وقاطع الطريق ، وكذا الذمي ؛ فقد قال في « حاشية الفتح » : (يتعين أن المراد بغير المحترم هنا : الحربي والمرتد لا غيرهما ؛ كزان محصن ؛ لأنه لا يليق به بقاء وصمة الإهدار في هذا ونحوه) ففهم^(٢) .

قوله : (بعد مواراته بالتراب) أي : أو سد اللحد ، أو خشية تهريه بنقله من ذلك القبر وإن لم يوار كما بحثه في « التحفة »^(٣) ، أما قبل ذلك . . فيجوز الرجوع وإن وضع في القبر على المعتمد عند الشارح ، وخالفه الإملي فاعتمد : امتناع الرجوع بمجرد وضعه في القبر وإن لم يوار بالتراب^(٤) .

قوله : (وقبل بلاه) أي : الميت ، أما بعده ؛ بأن يصير تراباً لا يبقى منه شيء . . فيجوز

(١) حاشية الشبراملسي (١٠١/٥) .

(٢) حاشية فتح الجواد (٤٧/١) ، .

(٣) تحفة المحتاج (٤٢٧/٥) .

(٤) نهاية المحتاج (١٣٣/٥) .

فليس له - كالثورثة وإن أظهره السَّيْلُ - الرجوعُ حينئذٍ بَلْ ولا أجرةٌ ؛ محافظةً على حرمة المِيتِ ، أو كفنًا بعد الدَّرَجِ فيه

الرجوع فيها ، قال في « الفتح » : (وعجب الذنب لا يبلُ ، لكن لما لم يشاهد ؛ إذ هو كخردلة في طرف العصص . . لم يستثنوه ، والكلام فيما إذا أذن له في تكرار الدفن ، وإلا . . فبعد الاندراستنتهي العارية فلا يتصور فيها رجوع)^(١) .

قوله : (فليس له) أي : المعير .

قوله : (كالثورثة) أي : ورثة الميت المدفون .

قوله : (وإن أظهره السَّيْلُ) أي : أو السبع ، فتجب إعادته في ذلك القبر كما قاله الماوردي والرويانى ؛ لأنه قد صار حقاً له مؤبداً^(٢) ، قال ابن الرفعة : (وقد يوجه بأن دفنه على الفور ، وفي تأخيرهِ إلى حفر غيره ونقله إليه تأخير للواجب) ، قال في « الأسنى » : (نعم ؛ إن كان السَّيْلُ حملاً إلى موضع مباح يمكن دفنه فيه من غير تأخير . . فالذي يظهر : المنع من ذلك)^(٣) أي : الإعادة .
قوله : (الرجوع) اسم (ليس) .

قوله : (حينئذٍ) أي : حين إذ كان بعد مواراته وقبل البلى ؛ يعني : لا يرجع المعير في موضعه الذي دفن فيه وامتنع على المستعير ردها فهي لازمة من جهتهما .

قوله : (بل ولا أجرة) أي : لا يستحق المعير أجرة ذلك القبر .

قوله : (محافظةً على حرمة الميت) أي : مع أنه دفن بحق ؛ ففي النيش هتك حرمة ، وهذا تعليل لعدم جواز الرجوع ، ولم يعلل عدم الأجرة ، وعلله في « الفتح » : بأن العرف غير قاض بالأجرة مع أن الميت لا مال له^(٤) ، وللمعير سقي شجر بالأرض التي بيا القبر إن أمن ظهور شيء من الميت ، وإلا . . امتنع عليه .

قوله : (أو كفنًا) أي : أو أعار كفنًا ، فهو معطوف على (قبرا لدفن ميت محترم) .

قوله : (بعد الدرج فيه) أي : بعد إدراج الميت فيه ، قال في « التحفة » : (فإن الأصح : بقاؤه على ملكه ، ولا يرجع فيه حتى يندرس أيضاً)^(٥) ، قال ابن قاسم . (ويتجه : عدم الفرق في

(١) فتح الجواد (٥٤٧/١) .

(٢) الحاوي الكبير (٤١٠/٨) ، بحر المذهب (١١/٨) .

(٣) أسنى المطالب (٣٣١/٢) .

(٤) فتح الجواد (٥٤٧/١) .

(٥) تحفة المحتاج (٤٢٨/٥) .

ولو قبل الدفن ، أو ثوباً لمن يصلي فيه مكتوبة قبل فراغها . (وإذا استعار أرضاً للبناء أو الغرس ،

الامتناع بين الثوب الواحد والثلاث بل والخمس ، بخلاف ما زاد « م ر »)^(١) .

قوله : (ولو قبل الدفن) أي : فلا يجوز للمعير والورثة الرجوع فيه قبل الدفن أو بعده ؛ لأن نزع الأكفان بعد لفها على الميت فيه هتك حرمة ، ولأن تغييبه في الكفن كدفنه في القبر فهي عارية لازمة من الجانبين ، فلو نبش الميت سبع وأكله . . فقد انتهت العارية فيرجع إلى المعير ، ولا يسمى راجعاً في العارية .

قوله : (أو ثوباً) معطوف أيضاً على (قبراً) .

قوله : (لمن يصلي فيه مكتوبة) أي : مفروضة كما عبر به في « التحفة »^(٢) ، فيشمل المنذورة .

قوله : (قبل فراغها) أي : فليس للمعير الاسترداد ولا للمستعير الرد إلا بعد فراغ الصلاة ، كذا نقل عن الروياني ، لكن نقلوا عن « المجموع » : أن المعير لو رجع في الصلاة . . نزعه وبنى ولا إعادة عليه بلا خلاف^(٣) ، قال في « المغني » : (والأولى - كما قال شيخي - أن يقال : في استعارة السترة للصلاة : إن استعارها ليصلي فيها الفرض . . فهي لازمة من جهتهما ، أو مطلق الصلاة . . فهي لازمة من جهة المستعير فقط إن أحرم فيها بفرض ، وجائزة من جهتهما إن أحرم بنفل ، ويحمل ما ذكر على هذا التفصيل) انتهى^(٤) .

ومن صور العارية اللامة ما لو قال : أعيروا داري بعد موتي لزيد شهراً . . لم يكن للمالك وهو الوارث الرجوع قبل الشهر .

ومنها : ما لو نذر المعير ألا يرجع إلا بعد سنة مثلاً ، أو نذر أن يعيره سنة . . امتنع الرجوع قبل السنة .

ومنها : ما لو أعار سفينة فوضع المستعير فيها متاعاً محترماً ثم طلبها المعير في اللجة . . لم يجب ؛ لأنه مضر ، وغير ذلك مما في المطولات .

قوله : (وإذا استعار أرضاً للبناء أو الغرس) أي : ولو إلى مدة كما في « المنهج »^(٥) ، وتعبيره

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (٤٢٧/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٤٢٩/٥) .

(٣) المجموع (١٨٧/٣ - ١٨٨) .

(٤) مغني المحتاج (٣٤٩/٢) .

(٥) انظر « فتح الوهاب » (٢٣٠/١) .

ثُمَّ رَجَعَ الْمُعِيرُ . . . قَلَعَ) وجوباً (الْمُسْتَعِيرُ بِنَاءَهُ ، أَوْ غَرَّاسَهُ إِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ) الْمُعِيرُ ، ووَافَقَهُ الْقَلَعَ عِنْدَ الرُّجُوعِ مَجَاناً ، فَإِنْ أَبَى . . . قَلَعَهُ الْمُعِيرُ ، وَيُصَدَّقُ فِي وَقْعِ الشَّرْطِ

بـ (الغرس) بلا ألف بعد الراء أولى وأخصر من التعبير بـ (الغراس) كما نبه عليه النووي في بعض كتبه^(١) .

قوله : (ثم رجع المعير) أي : بعد أن بنى المستعير أو غرس ، أم لو رجع المعير قبلهما . . فليس له فعلهما ، فإن فعل عالماً أو جاهلاً برجوعه . . قلع مجاناً وكلف تسوية الأرض ؛ كالغاصب في حالة العلم ، وكمالك ما نبت بحمل السيل إلى أرض غيره في حالة الجهل .

قوله : (قلع وجوباً المستعير ببناءه أو غراسه) أراد به - أي : بالقلع - : ما يعم الهدم ؛ بقرينة ذكره بعد البناء والغراس .

قوله : (إن شرط عليه المعير ووافقه) أي : وافقه المستعير في شرطه ، وعبرة « الفتح » : (وقد كان شرط منهما أو من أحدهما ووافقه الآخر . . .) إلخ^(٢) .

قوله : (القلع عند الرجوع مجاناً) أي : بلا أرش ؛ لنقصه ، وإنما رجب القلع حينئذ ؛ عملاً بالشرط ، والمؤمنون عند شروطهم ، وقوله : (مجاناً) كذا وقع في كتب الشيخين^(٣) ، قال جمع : الصواب : حذفه ؛ لأنه يوهم ، بل يفهم : أنه لو شرط القلع ولم يقل : مجاناً . . لا يكون كذلك ؛ فإنه خلاف المنصوص في « الأم » و« المختصر » وكلام الجمهور فإنهم قالوا : إن شرط القلع . . [قلع] ، وهو أعم من أن يصرح بقوله : مجاناً أو لا ، وقال آخرون : الظاهر : أن الشيخين احتزبا به عما لو شرط القلع وغرامة الأرش . . فإنه يلزمه ، تدبر^(٤) .

قوله : (فإن أبى) أي : امتنع المستعير من القلع .

قوله : (قلعه المعير) أي : مجاناً ، وإذا احتاج القلع إلى مؤنة . . صرفها المعير بإذن الحاكم ، فإن لم يجده . . صرف بنية الرجوع وأشهد على ذلك ، قال في « التحفة » : (ويلزم المستعير أيضاً تسوية حفر إن شرطها ، وإلا . . فلا)^(٥) .

قوله : (ويصدق في وقوع الشرط) يعني : لو اختلف المعير والمستعير في وقوع شرط القلع مجاناً . . صدق المعير ، قال في « التحفة » : (كما بحثه الأذرعى ؛ كما لو اختلفا في أصل

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٠٩) .

(٢) فتح الجواد (٥٤٨/١) .

(٣) المحرر (ص ٢٠٩) ، منهاج الطالبين (ص ٢٨٨) .

(٤) انظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (٣٣٢/٢) .

(٥) تحفة المحتاج (٤٣٠/٥) .

(أَوْ اخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ) لِأَنَّهُ مِلْكُهُ (وَإِلَّا) يَكُنْ شَرْطٌ وَلَا اخْتِيَارٌ (.. كَانَ لِلْمُعِيرِ أَنْ يَقْلَعَهُ وَيَضْمَنَ أَرْضَ نَقْصِهِ) وَهُوَ :

العارية ؛ لأن من صدق في شيء .. صدق في صفته ، وقال غيره : يصدق المستعير^(١) ؛ لأن الأصل : عدم الشرط واحترام ماله ، وهذا أوجه^(٢) .

قوله : (أَوْ اخْتَارَ الْمُسْتَعِيرُ الْقَلْعَ) معطوف على (إِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ الْقَلْعَ) .

قوله : (لِأَنَّهُ مِلْكُهُ) أي : وقد رضي بنقصه ، وهذا تعليل لقلعه مجاناً عند اختياره ، قال الرافعي في « المحرر » : (وَلَا يُلْزِمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ فِي الْأَصَحِّ)^(٣) أي : لأن الإعارة مع العلم بأن للمستعير أن يقلع رضا بما يحدث من القلع ، وخالفه النووي فصحح اللزوم ؛ لأنه قلع باختياره^(٤) ، ولو امتنع .. لم يلزم عليه ، فيلزمه إذا قلع رد الأرض إلى ما كانت عليه ليرد كما أخذ ، وهذا هو المراد بالتسوية حيث أطلقت ، فلا يكلف تراباً آخر لو لم يكف الحفر ترابها .

وقال السبكي : (إِنْ كَانَ الْكَلَامُ فِي حَفْرِ حَصَلَتْ فِي مَدَّةِ الْعَارِيَةِ لِأَجْلِ الْغَرَسِ وَالْبِنَاءِ .. فَالْأَمْرُ كَمَا فِي « الْمَحْرَرِ » ، وَإِنْ كَانَ فِي حَفْرِ حَصَلَتْ مِنَ الْقَلْعِ زَائِدَةٌ عَلَى مَا حَصَلَ قَبْلَ ذَلِكَ .. فَالرَّاجِعُ : وَجُوبُ التَّسْوِيَةِ ، ثُمَّ قَالَ : فَتَلَخَّصُ لِلْفَتْوَى الْفَرْقَ بَيْنَ الْحَفْرِ لِأَجْلِ الْغَرَسِ وَالْبِنَاءِ ، وَبَيْنَ الْحَفْرِ لِلْقَلْعِ ، وَهَذَا الْحَمْلُ مُتَعَيْنٌ) .

قوله : (وَإِلَّا يَكُنْ شَرْطٌ وَلَا اخْتِيَارٌ) أي : لم يوجد كل منهما .

قوله : (كَانَ لِلْمُعِيرِ ..) إلخ ؛ حاصله : أنه مخير بين ثلاث خصال : القلع مع ضمان الأرض ، والتملك مع إعطاء القيمة ، والتبقيّة مع أخذ الأجرة ، ولا يجوز له القلع مجاناً ؛ لأن ذلك وضع بحق فهو محترم ، و إنما خير ؛ لأنه المحسن ، ولأن الأرض أصل لما فيها ، فإن لم يختر شيئاً منها .. تركا حتى يختار أحدهما ما له اختياره ؛ لينقطع النزاع بينهما .

قوله : (أَنْ يَقْلَعَهُ) أي : الغراس ، أو يهدم البناء وإن وقف مسجداً ، قاله في « التحفة »^(٥) .

قوله : (وَيَضْمَنُ أَرْضَ نَقْصِهِ) أي : مع ضمان أرض نقصه .

قوله : (وَهُوَ) أي : أرض النقص

(١) في الأصل : (المعير) ، وعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) تحفة المحتاج (٤٣٠ / ٥) .

(٣) المحرر (ص ٢٠٩) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٢٨٨) .

(٥) تحفة المحتاج (٤٣١ / ٥) .

الْتَفَاوُت بَيْنَ قِيَمَتِهِ قَائِماً [و] مَقْلُوعاً ، وَمَوْئِنُهُ الْقَلْعُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ (أَوْ يَتَمَلَّكُهُ بِقِيَمَتِهِ) حِينَ التَّمَلُّكِ
مَعَ النَّظَرِ إِلَى كَوْنِهِ مُسْتَحَقَّ الْأَخْذِ لِنَقْصِ قِيَمَتِهِ عِنْدَ النَّظَرِ كَذَلِكَ . وَلَا بُدَّ فِي التَّمَلُّكِ مِنْ عَقْدٍ (أَوْ بَقَاءٍ
بِالْأَجْرَةِ)

قوله : (التفاوت بين قيمته قائماً ومقلوعاً) لكن لا بد في اعتبار قيمته من ملاحظة مستحق القلع
أو الهدم ؛ فإن قيمته قائماً بهذا التقدير أقل من قيمته قائماً بدونه ، فلو كانت قيمته مستحق الإبقاء
عشرة ومستحق القلع تسعة ومقلوعاً ثمانية . . لزمه واحد ، فإذا تملكه . . لزمه تسعة .

قوله : (ومؤنة القلع على المستعير) أي : لا على المعير ، لهذا هو المعتمد ، وقيل : إنها
على المعير كما عليه ما ينقصه القلع ، ورد بأن المؤنة في نظيره من الإجارة على المستأجر فالمستعير
أولى منه ، أما أجرة نقل النقض والمغروس . . فعلى مالكة بلا خلاف .

قوله : (أو يملكه بقيمته حين التملك . .) إلخ ، لو لم يرض المستعير بذمة المعير . . أجبر
المعير على التسليم أولاً أو على الوضع تحت يد عدل . قليوبي^(١) .

قوله : (مع النظر إلى كونه مستحق الأخذ) أي : القلع أو الهدم .

قوله : (لنقص قيمته عند النظر كذلك) أي : كونه مستحق الأخذ .

قوله : (ولا بد في التملك من عقد) أي : مشتمل على إيجاب وقبول بشروط البيع ؛ فقد قال
الأسنوي في « شرح المنهاج » ما نصه : (وعلة القائل بأنه لا يملك : أن ذلك بيع فلا بد فيه من
التراضي ، كذا ذكره الرافعي ، وبذلك تعلم : أن القائل بالتملك يقول : [لا بد] فيه من عقد ،
ولا يلحقه بالشفيع - أي : في الأخذ قهراً من غير عقد - وأشار في [« الكفاية » إلى] ثبوت وجهين
فيه) انتهى (سم) على « البهجة »^(٢) .

قوله : (أو بقاء بالأجرة) أي : أجرة مثله ، ولو أراد أن يملك البض بالقيمة ويبقى البعض
بالأجرة أو يقلعه بالأرض ويبقى البعض . . لم يُجَبْ إليه كما بحثه الزركشي وغيره ؛ لكثرة الضرر
على المستعير ، ولأن ما جاز فيه التخيير لا يجوز تبغيضه .

هذا ؛ واستشكل جواز الإبقاء بالأجرة بأن المدة مجهولة ، قال الأسنوي : (وأقرب ما يمكن
سلوكه ما مر في بيع حق البناء دائماً على الأرض بعوض حالّ بلفظ بيع أ- إجارة ؛ فينظر لما تشغل
من الأرض ، ثم يقال : لو أوجر هذا لنحو بناء دائماً بحال . . كم يساوي ؟ فإذا قيل : كذا . .
أوجبناه) .

(١) حاشية قليوبي (٢٣ / ٣) .

(٢) حاشية ابن قاسم على الغرر (٢٧ / ٦) .

وإلا.. تعينت التبقية بالأجرة وإن لم يرضَ ، إذا لم يوقف ، وإلا.. تعينَ أرشُ القلع

(إذا) ليكون معطوفاً على (إذا نقص) ، وكذا قوله الآتي : (إذا لم يوقف) ، ثم رأيت كذلك في « الفتح » وغيره ، تأمل^(١) .

قوله : (وإلا) أي : بأن بنى أو غرس شريك بإذن شريكه ثم رجع .

قوله : (تعينت التبقية بالأجرة) أي : أجرة المثل ، قال ابن الرفعة : (ومحلّه أيضاً في الغراس كما قال القاضي وغيره إذا لم يكن عليه ثمر لم يبد صلاحه ، وإلا.. فلا يتجه التخيير إلا بعد الجذاذ كما في الزرع ؛ لأن له أمداً ينتظر) ، قال في « التحفة » عن الأسنوي : (لكن المنقول في نظيره من الإجارة هو التخيير - أي : في الحال - ثم إن اختار التملك.. تملك الثمرة أيضاً إن كانت غير مؤبرة ، وإلا.. أبقاها إلى أوان الجذاذ ، وإن أراد القلع.. غرم أرش نقص الثمرة أيضاً)^(٢) .

قوله : (وإن لم يرض) كذا في هذا الكتاب ، وفيه سقط ، وعبارة « الفتح » : (فإن لم يرض أعرض عنهما) انتهى^(٣) ؛ أي : فإن لم يرض الشريك بالأجرة.. أعرض الحاكم عنهما .

قوله : (إذا لم يوقف) أي : البناء أو الغراس ، ومر أن الأنسب زيادة الواو قبل (إذا) كما في « الفتح »^(٤) .

قوله : (وإلا.. تعين أرش القلع) أي : تعين القلع مع الأرض ، هذا ما اعتمده في « الفتح »^(٥) ، ولكن الذي اعتمده في « التحفة » و « النهاية » : أنه مخير بين التبقية بالأجرة والقلع مع غرامة الأرض ، ويمتنع التملك بالقيمة ، خلافاً لابن الصلاح^(٦) ، قال في « الأسنى » : (ومحلّه أيضاً : إذا لم توقف الأرض ، وإلا.. فيتخير بين الثلاث ، لكن لا يقلع بالأرض إلا إذا كان أصلح للوقف من التبقية بالأجرة ، ولا يتملك بالقيمة إلا إذا كان في شرط الواقف جواز تحصيل مثل ذلك البناء والغراس من ريعه ، وبذلك أفتى ابن الصلاح في نظيره من الإجارة) انتهى^(٧) ، ونحوه في « التحفة » وغيرها^(٨) .

(١) فتح الوهاب (٢٣٠/١) .

(٢) تحفة المحتاج (٤٣٢/٥) .

(٣) فتح الجواد (٥٤٨/١) .

(٤) فتح الجواد (٥٤٨/١) .

(٥) فتح الجواد (٥٤٨/١) .

(٦) تحفة المحتاج (٤٣١/٥) ، نهاية المحتاج (١٣٨/٥) .

(٧) أسنى المطالب (٣٣٣/٢) .

(٨) تحفة المحتاج (٤٣١/٥ - ٤٣٢) .

(وَإِذَا أَسْتَعَارَ أَرْضاً لِرِزَاعَةٍ وَرَجَعَ الْمُعِيرُ) قبل إدراك الزرع ولم يعتد قلعهُ قبل إدراكه ، أو اعتد كالباقلاء ولم يبلغ أو أن حصاده عادةً (. . بقاها إلى الحصاد بأجرة) لمثلهُ من يوم الرجوع إلى يوم الحصاد ؛ لانتهاؤ الإباحة بالرجوع ، كما لو رجع في أثناء الطريق . . فيلزمهُ أن ينقل متاع المستعير إلى مأمن بأجرة مثله

قوله : (وإذا استعار أرضاً لزراعة) أي : مطلقاً .

قوله : (ورجع المعير قبل إدراك الزرع) أي : بخلاف الرجوع بعد إدراكه ، فلا تبقى فيه .

قوله : (ولم يعتد قلعهُ قبل إدراكه) أي : الزرع والأخصر : قبله ، قال في « شرح المنهج » : (ونقص)^(١) أي : بالقلع .

قوله : (أو اعتد كالباقلاء ولم يبلغ أو أن حصاده عادةً) أي : بخلاف ما اعتد قلعهُ وبلغ ذلك ؛ فإن المستعير يكلف قلعهُ في وقته المعتاد وتحكيماً للعادة ، قال ابن الرفعة : وكذا لو لم ينقص بالقطع أي : وإن لم يعتد قطعه كما في نظيره من الغراس ؛ إذ لا محذور ، وكلام الماوردي يشير إليه .

قوله : (بقاها إلى الحصاد) أي : فلا يجوز للمعير القلع قبله ؛ لأن للزرع أمداً ينتظر مع أنه محترم بخلاف البناء والغراس ، وظاهر كلامهم هنا سواء شرط عليه هنا حين الرجوع أو لا ، وانظر وجه الفرق بينه وبين ما مر في البناء والغراس .

قوله : (بالأجرة لمثلهُ من يوم الرجوع إلى يوم الحصاد) أي : مدة الإبقاء فلا يلزم المعير التبقية مجاناً في الأصح ، وقيل : إنه لا أجرة له ؛ لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة .

قوله : (لانتهاؤ الإباحة بالرجوع) أي : فإنه إنما أباح له المنفعة إلى وقته ، وبحث بعضهم أنه حيث وجبت الأجرة . . صدرت العين أمانة ؛ لأنها وإن كانت عارية صار لها حكم المستأجرة ، ومر أن وجوب الأجرة لا بدله من العقد .

قوله : (كما لو رجع في أثناء الطريق) أي : فأشبهه من أعار دابة إلى بلد مثلاً ثم رجع في أثناء الطريق .

قوله : (فيلزمهُ) أي : المعير .

قوله : (أن ينقل متاع المستعير إلى مأمن بأجرة مثله) أي : لا مجاناً ، قال السيد عمر : (فلو لم يفعل فتلّف . . هل يضمن ؟ محل نظر ، والأقرب : لا ؛ قياساً على ما صرحوا به فيما لو مات

هَذَا إِنْ لَمْ يَعْينْ مَدَّةَ الزَّرْعِ إِلَى الَّتِي تَسَعُهُ مَعَ الْإِدْرَاكِ ؛ فَإِنْ عَيَّنَتْ فَأَخَّرَ الْمُسْتَعِيرُ زَرْعَهُ - وَلَوْ لِنَحْوِ سَبِيلٍ حَتَّى ضَاقَتْ الْمُدَّةُ - فَإِذَا انْقَضَتْ قَبْلَ إِدْرَاكِه .. كُفِّ قَلْعُهُ مَجَاناً مَعَ تَسْوِيَةِ الْأَرْضِ ؛ لِتَقْصِيرِهِ بِالتَّأْخِيرِ .

رفيقه أثناء الطريق فترك متاعه ولم يحمله وإن أمكن الفرق ، فليتأمل ، فإن تغريمهم مؤنة الحفر في مسألة القبر يؤيد الفرق) ، قال الشرواني : (والفرق ظاهر ؛ فالأقرب : الضمان)^(١) .

قوله : (هذا) أي : وجوب التبقية على المالك مع الأجرة له .

قوله : (إن لم يعين) أي : المعير .

قوله : (مدة الزرع إلى التي تسعه مع الإدراك) أي : بأن كانت الإعارة مطلقة كما أشرت إليه

فيما مر .

قوله : (فإن عينت) أي : مدة الزرع ؛ بأن قيدها إلى التي تسعه إلى الإدراك .

قوله : (فأخر المستعير زرعه) أي : تقصيراً منه بتأخير الزراعة أو بنفسها كما أشار إليه بالغاية .

قوله : (ولو لنحو سبل) أي : كأن علا الأرض سبل أو ثلج أو نحوهما مما لا يمكن معه الزرع

ثم زرع بعد نضوضه .

قوله : (حتى ضاقت المدة) أي : المعينة ؛ فلا يدرك الزرع فيها ، قال الأسنوي : (وذكر

الرافعي في نظير المسألة من الإجارة أنه إذا أبدل الزرع المعين بغيره ؛ أي : مما يبطئ أكثر منه ..

كان كالتقصير بالتأخير) ويأتي هنا أيضاً مثله .

قوله : (فإذا انقضت قبل إدراكه) أي : الزرع .

قوله : (كلف) أي : المستعير .

قوله : (قلعه مجاناً مع تسوية الأرض) أي : وإن لم يكن المقلوع قدراً يتنفع به ، قال في

« حاشية الروض » : (حيث يمكن القلع مجاناً .. فله الإبقاء بالأجرة والتملك بالقيمة تراضياً

لا إجباراً ، بخلاف القلع)^(٢) .

قوله : (لتقصيره بالتأخير) أي : فإنه كان من حقه حينئذ ألا يزرع ، ويفهم من هذا التعليل أنه

إذا لم يحصل منه تقصير لا يقلع مجاناً ، وهو كذلك ، بل يكون كما في الإعارة المطلقة ، سواء

أسند عدم الإدراك لعروض حر أو برد أو مطر لقلّة المدة التي عينها أم لا ؛ كأكل الجراد رؤوس

الزرع ، فنبت ثانياً .

(١) حاشية الشرواني (٤٢٦/٥) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٣٤/٢) .

(وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً ، وَقَالَ : اسْتَعْرْتُهَا ، فَقَالَ : أَجَرْتُكَهَا . . . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ) بِيَمِينِهِ إِنْ مَضَتْ مُدَّةٌ لَهَا أَجْرَةٌ ، إِنْ بَقِيََتِ الْعَيْنُ وَمَضَتْ تِلْكَ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِذْنِ

قوله : (ولو ركب دابة) أي : ركب شخص دابة لغيره ، وهذا بيان للاختلاف بين المالك وذي اليد .

قوله : (وقال) أي : الراكب .

قوله : (استعرتها) أي : هذه الدابة منك .

قوله : (فقال) أي : المالك .

قوله : (أجرتها) أي : الدابة مدة كذا بكذا ، ويجوز كما رجحه السبكي إطلاق الأجرة بأن يقتصر على (أجرتها) بناء على الأصح : أن الواجب أجرة المثل .

قوله : (فالقول قول المالك بيمينه) أي : فيحلف ما أعرتك ، بل أجرتك ليستحق الأجرة ولا يكفي الاقتصار على نفس الإعارة ؛ لأنه لم ينكر أصل الإذن حتى يتوصل إلى إثبات المال بنفي الإذن ونسبته إلى الغصب ، فحيث اعترف بأصل . . . فإنما يثبت المال بطريق الإجارة ، فلو نكل المالك عن اليمين . . لم يحلف الراكب ؛ لأنه لا يدعي إلا الإعارة وهي لا تلزم .

قوله : (إن مضت مدة لها أجرة) قيد لتصديقه ، وسيأتي محترزه .

قوله : (إن بقيت العين) أي : فإن تلفت بغير الاستعمال ؛ فمدعي الإعارة مقر بالقيمة لمنكر لها يدعي الأجرة . . فيعطى الأجرة بلا يمين ، إلا إذا زادت على القيمة . . فيحلف للزائد « شرح المنهج »^(١) .

قوله : (ومضت تلك) أي : المدة المذكورة ، والظاهر : أن هذا مكرر فالأولى حذفه .

قوله : (لأن الأصل : عدم الإذن) أي : في الانتفاع بلا مقابل ، بل إنما يؤذن فيه به غالباً ، ومن ثم لو أكل طعام غيره وقال : كنت أبحته لي وأنكر المالك . . صدق المالك بيمينه ، وفرقوا بين ما هنا وما لو قال الغسال أو الخياط : فعلت بالأجرة ، ومالك الثوب : مجاناً . . حيث لا يصدق مالك المنفعة ، بل مالك الثوب بأن العامل فوت منفعة نفسه ثم ادعى عوضاً على الغير ، والمتصرف فوت منفعة مال غيره وطلب إسقاط الضمان عن نفسه فلم يصدق ، تأمل .

فَلَهُ الْأَجْرَةُ ، فَإِنْ لَمْ تَمْضِ تِلْكَ . . فَلَا مَعْنَى لِلنِّزَاعِ . (وَيَجِبُ ضَمَانُ الْعَارِيَةِ) الْمَتَقَوْمَةِ (بِقِيَمَةِ يَوْمِ التَّلَفِ) إِذَا تَلَفَتْ فِي يَدِهِ

قوله : (فله) أي : مالك الدابة .

قوله : (الأجرة) أي : أجرة المثل في الأصح المنصوص ؛ لأنهما لو اتفقا على الإجارة واختلفا في الأجرة . . كان الواجب أجرة المثل ، فبالأولى إذا اختلفا في أصل الإجارة ، وقيل : المسمى ، وقيل : الأقل منهما ، والمراد : بتصديقه في استحقاق الأجرة لا في أنه يصدق في عقد الإجارة ؛ حتى يتمكن الآخر من أخذ المنافع إذا كان الاختلاف في أول المدة أو أثنائها .
قوله : (فإن لم تمض تلك) أي : المدة التي لها أجرة .

قوله : (فلا معنى للنزاع) أي : إذ لم تفت العين ولا المنفعة . . فيصدق مدعي العارية ، لكن يمينه ؛ لاحتمال أن ينكل فيحلف مدعي الإجارة فتثبت ؛ لأنها عقد لازم ، ولو قال الراكب : أجرتي بكذا ، وقال المالك : أعرتك والعين باقية . . صدق المالك بيمينه في نفي الإجارة ؛ لأن الآخر يدعي استحقاق المنفعة عليه ، والأصل : عدمه ثم يسترد العين ، فإن نكل . . حلف الراكب واستوفى المدة ويكون مقرأله بأجرة ، ومر حكمه في (الإقرار) .

قوله : (ويجب ضمان العارية) أي : العين المستعارة ، ومنها : ما لو أركب مالكها منقطعاً ولو تقريباً لله تعالى وإن لم يسأله ؛ لأنها تحت يده ، ومن ثم : لو ركب مالكها معه . . لم يضمن إلا النصف ، ولو استعار عبداً لتنظيف سطح مثلاً فسقط من سلمه . . ضمنه ، بخلاف ما إذا استأجره ؛ لأن العين المستأجرة غير مضمونة ، بخلاف العين المعارة .

قوله : (المتقومة) أي : سيأتي مقابله .

قوله : (بقيمة يوم التلف) أي : لا بقيمة يوم القبض ، ولا بأقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف ؛ لأن الأصل رد العين ، وإنما تجب القيمة بالفوات ؛ وهو إنما ينحقق بالتلف فاعتبر يومه ، ولو اعتبر يوم القبض أو أقصى القيم منه إلى يوم التلف . . لأدى إلى تضمين الأجزاء المستحقة بالاستعمال المأذون فيه ، تأمل .

قوله : (إذا تلفت في يده) أي : المستعير ، لا باستعمال مأذون فيه كما سيأتي ، والمراد بكون التلف في يده : أن يكون بعد قبضه وبقاء حكم العارية ؛ إذ لا يشترط في الضمان كون العين في يده ، بل وإن كانت في يد المالك كما في « التحفة » عن تصريح الأصحاب ، تأمل^(١) .

ولو بأقوة من غير تقصير ؛ لأنها بأجزائها مضمونة عليه ؛ لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « العارية مضمونة » . أمّا المثلي .. فيجب مثله ، ولو شرط كونها أمانة .. لغا الشرط فقط ،

قوله : (ولو بأقوة من غير تقصير) أي : ولو كان التلف بأقوة سماوية مع عدم التقصير من المستعير ، ومن باب أولى إذا كان بإتلافه أو إتلاف غيره .

نعم ؛ هو طريق فقط فيما لو جنى عليها في يده .

قوله : (لأنها بأجزائها مضمونة عليه) أي : على المستعير ، قالوا : كل من أخذ العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق .. فإنها مضمونة عليه .

نعم ؛ قد يعرض للعارية ما يمنع ضمانها ؛ كأن استعار من مستأجر ونحوه أو استعار شيئاً ليرهنه كما مر .

قوله : (لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم : « العارية مضمونة ») رواه أبو داود وغيره^(١) ، ومر حديث : « بل عارية مضمونة »^(٢) ، ولأنه مال يجب رده لمالكه ، فيضمن عند تلفه ؛ كالمأخوذ بجهة السوم ، ولأن المستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان ، ولو كانت العارية أمانة .. لما استقر ؛ كالمودع من الغاصب ، ولأنه يجب عليه مؤنة ردها فوجب ضمانها كالعين المغصوبة . قوله : (أما المثلي) أي : كخشب وحجر ، وهذا مقابل قوله : (المتقومة) .

قوله : (فيجب مثله) أي : كما جرى عليه ابن أبي عصرون ، واعتمده السبكي وغيره ، وهو أوجه من جزم « الأنوار » بلزوم القيمة ولو في المثلي وإن اقتضاه كلام جمع واعتمده بعض الشراح . انتهى « تحفة »^(٣) ، وكذا اعتمده الرملي قال : (لأن رد عين مثلها مع استعمال جزء منها بالإذن متعذر ، فصار بمنزلة المثلي المفقود فرجع إلى القيمة)^(٤) .

قوله : (ولو شرط كونها أمانة) أي : كأن أعاره دابة بشرط كونها أمانة عنده .

قوله : (لغا الشرط) أي : وكانت مضمونة .

قوله : (فقط) أي : دون العارية فإنها صحيحة على ما اقتضاه كلام الأسنوي ، قال في « الفتح » : (ويوجه بأن فيه زيادة رفق بالمستعير ؛ فهو كشرط فيه رفق المقترض بجامع أن كلاً المقصود منه إرفاق الآخذ)^(٥) ، ولو شرط ضمانها بقدر معين .. فسد الشرط دون العقد على ما قاله

(١) سنن أبي داود (٣٥٦٥) عن سيدنا أبي أمامة رضي الله عنه .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦٢) عن سيدنا صفوان بن أمية رضي الله عنه .

(٣) تحفة المحتاج (٤٢١/٥) .

(٤) نهاية المحتاج (١٤٢/٥) .

(٥) فتح الجواد (٥٤٦/١) .

ولَا يَضْمَنُ تَوَابِعَ الْعَارِيَّةِ ؛ كَثُوبَهَا وَوَلَدَهَا . وَلَوْ وَلَدَتْ عَنْدَهُ . . فَالْوَلَدُ أَمَانَةٌ شَرْعِيَّةٌ ، فَيَلْزِمُهُ رَدُّهَا فَوْرًا ، وَإِنَّمَا يَبْرُدُّهَا لِمَالِكِهَا ، أَوْ وَكِيلِهِ فِيهِ ،

المتولي ؛ لعدم منافاته لها ، لكن توقف فيه الأذرعى ، قال في « الفتح » : (والتوقف ظاهر كما عرف مما عللت به ما قبل .

نعم ؛ إن حمل ما قاله المتولي على أن القدر المعين دون قيمتها بالنسبة لغالب أمثالها . . كان كالمسألة التي قبلها ؛ لأن فيه حينئذ رفقا بالمستعير) انتهى^(١) ، واعتمد الرملي فساد العارية في الصورتين^(٢) .

قوله : (ولا يضمن توابع العارية) أي : بخلاف أجزائها كما مر .

قوله : (كثوبها وولدها) أي : فلو استعار عبداً عليه ثيابه . . لم تكن مضمونة عليه ؛ لأنه لم يأخذها ليستعملها ، بخلاف إكاف الدابة ، ولو استعار حمارة معها جحش فهلكت . . لم يضمنه ؛ لأنه إنما أخذه لتعذر حبسه عن أمه . من « المغني »^(٣) .

قوله : (ولو ولدت عنده) أي : عند المستعير .

قوله : (فالولد أمانة شرعية) أي : كما لو طيرت الريح ثوباً إلى داره .

قوله : (فيلزمه) أي : المستعير .

قوله : (ردها فوراً) أي : رد الأمانة الشرعية التي هي الولد هنا ، فلو قال : (رده) بالتذكير . . لكان أظهر ، وعبرة « الفتح » : (فيرده فوراً ؛ أي : ليأخذه المالك مع أمه أو يأذن له في بقاءه معها عنده ؛ أي : وحينئذ هو أمانة عنده ما لم يكن فيه [منفعة] ويأخذها لأجلها كما هو ظاهر) انتهى^(٤) ، والمراد من لزوم الرد في ذلك : لزوم التخلية وإعلام المالك ؛ كما يدل له قوله : (أمانة شرعية) تدبر .

قوله : (وإنما يبرأ) أي : المستعير من ضمان العارية .

قوله : (بردها لمالكها أو وكيله فيه) أي : المعار ؛ بأن سلمها إلى أحدهما ، قال في « التحفة » و« النهاية » : (نعم ؛ لو استعار نحو مصحف أو مسلم فارتد ماله . . [امتنع] رده إليه ، بل يتعين للمحاكم^(٥)) ، قال (ع ش) : (أي : إن كان أميناً ، وإلا . . أبقاه تحت يده إن كان

(١) فتح الجواد (١/٥٤٦) .

(٢) نهاية المحتاج (١٢٦/٥-١٢٧) .

(٣) مغني المحتاج (٢/٣٤٥) .

(٤) فتح الجواد (١/٥٤٦) .

(٥) تحفة المحتاج (٥/٤٢٠-٤٢١) ، نهاية المحتاج (١٢٦/٥) .

أَوِ الْحَاكِمِ ؛ لَغِيْبَةٍ ، أَوْ حَجَرٍ ، أَوْ لِمَحْلَهَا الَّذِي أَخَذَهَا مِنْهُ ، وَقَدْ عَلِمَ بِهِ الْمَالِكُ أَوْ أَخْبَرَهُ بِهِ ثِقَةً ، لَا لَوْلِيهِ أَوْ زَوْجَتِهِ ، بَلْ يَضْمَانِ أَيْضاً ، وَلَوْ كَانَ تَلَفُ الْعَارِيَةِ بِالْإِسْتِعْمَالِ الْمَأْذُونِ فِيهِ . . لَمْ يَضْمَنْهُ .

كذلك ، وإلا . . دفعه لأمين يحفظه (١) .

قوله : (أَوِ الْحَاكِمِ لَغِيْبَةٍ أَوْ حَجَرٍ) أي : أَوْرَدَهَا لِلْحَاكِمِ عِنْدَ غِيْبَةِ الْمَالِكِ أَوْ حَجَرِهِ عَلَيْهِ بِسَفْهِ أَوْ فُلْسٍ .

قوله : (أَوِ لِمَحْلَهَا الَّذِي أَخَذَهَا مِنْهُ) أي : أَوْرَدَهَا لِمَحْلَهَا . . . إلخ .
قوله : (وَقَدْ عَلِمَ بِهِ الْمَالِكُ أَوْ أَخْبَرَهُ بِهِ ثِقَةً) أي : فَلَوْ رَدَّ الدَّابَّةَ لِلْإِصْطِبَالِ أَوْ الثَّوْبَ أَوْ نَحْوَهُ لِلْمِيْتِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ . . لَمْ يَبْرَأْ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ بِهِ الْمَالِكُ أَوْ يَخْبِرَهُ بِهِ ثِقَةً كَمَا قَالَهُ الْمُتَوَلِّي . « شَرْحُ الرُّوْضِ » (٢) .

قوله : (لَا لَوْلَاهُ أَوْ زَوْجَتِهِ) أي : لَا يَبْرَأُ بِالرَّدِّ إِلَى وَلَدِ الْمَالِكِ أَوْ زَوْجَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ وَلَا وَكِيْلَهُ .

قوله : (بَلْ يَضْمَانِ أَيْضاً) أي : بِالرَّدِّ إِلَيْهِمَا ؛ لِعَدَمِ إِذْنِ الْمَالِكِ ، فَإِنْ أَرْسَلَهَا إِلَى الْمَرْعَى فَتَلَفَتْ . . فَالْقَرَارُ عَلَيْهِمَا ؛ لِحَصُولِ التَّلَفِ فِي يَدِهِمَا ، حَتَّى لَوْ غَرَمَا . . لَمْ يَرْجِعَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، وَلَوْ غَرَمَ الْمُسْتَعِيرُ . . رَجَعَ عَلَيْهِمَا . « أَسْنَى » (٣) .

قوله : (وَلَوْ كَانَ تَلَفُ الْعَارِيَةِ) أي : أَوْ أَجْزَائِهَا ، وَهَذَا مُحْتَزَزٌ قَيْدٌ فِيمَا مَرَّ كَمَا قَرَّرْتَهُ عِنْدَ قَوْلِهِ : (إِذَا تَلَفَتْ فِي يَدِهِ) .

قوله : (بِالْإِسْتِعْمَالِ الْمَأْذُونِ فِيهِ) أي : كَأَنْ اسْتَعَارَ ثَوْباً فَانْمَحَقَ أَوْ انْسَحَقَ بِاللَّبْسِ الْمَعْتَادِ ، أَوْ دَابَّةً فَمَاتَتْ بِرُكُوبٍ أَوْ حَمَلٍ مَعْتَادٍ ، أَوْ سَيْفًا لِيُقَاتَلَ بِهِ فَانْكَسَرَ .

قوله : (لَمْ يَضْمَنْهُ) أي : مَا ذَكَرَ مِنْ عَيْنِ الْعَارِيَةِ أَوْ أَجْزَائِهَا ؛ لِحَصُولِ التَّلَفِ بِسَبَبِ مَأْذُونٍ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : أَقْتَلَ عَبْدَهُ ، أَوْ أَقْطَعَ يَدَهُ ، وَلَوْ اخْتَلَفَ الْمَعِيرُ وَالْمُسْتَعِيرُ فِي أَنَّ التَّلَفَ بِالْإِسْتِعْمَالِ الْمَأْذُونِ فِيهِ أَوْ لَا . . صَدَقَ الْمَعِيرُ عَلَى مَا قَالَهُ بَعْضُهُمْ ، وَوَجَّهَ بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعَارِيَةِ الضَّمَانُ حَتَّى يُثَبِّتَ مَسْقُطُهُ ، لَكِنْ الْمَعْتَمَدُ عِنْدَ الرَّمْلِيِّ : تَصْدِيقُ الْمُسْتَعِيرِ ؛ لِعَسْرِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ : بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ ، وَالتَّوْجِيهِ الْمَذْكُورُ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ مَحَلَّ ضَمَانِهَا أَصَالَةٌ بِالنِّسْبَةِ لِلْيَدِ

(١) حاشية الشبراملسي (١٢٦/٥) .

(٢) أسنى المطالب (٣٢٩/٢) .

(٣) أسنى المطالب (٣٢٩/٢) .

لا للذمة ، وكلام ذلك البعض في تعلقه بالذمة وهو أمر طارئ على الأصل^(١) ، وإيضاحه : أن ههنا ضمانين : شغل الذمة ، ووضع اليد ، والأصل : عدم الأول ، والثاني معناه : أن اليد سبب شغل الذمة إذا حصل التلف بغير الاستعمال المأذون فيه ، والأصل : عدم حصوله ، ومجرد وضع اليد لا يستلزمه ، تأمل ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(باب الغصب)

(وَهُوَ) حرام بالكتابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ، ومعلومٌ مِنَ الدِّينِ بِالضَّرُورَةِ

[باب الغصب]

قوله : (باب الغصب) ذكر عقب (العارية) لاشتراكهما في مطلق الضمان .

قوله : (وهو) أي : الغصب .

قوله : (حرام بالكتاب) أي : في غير ما آية ، منها : ﴿ وَيَلِّ لِلْمُطَفِّفِينَ ﴾ الآية ، قال في « المغني » : (وإذا كان هذا في التطفيف - وهو : غصب القليل - فما ظنك بغصب الكثير ، ومنها : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ أي : لا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل)^(١) .

قوله : (والسنة) أي : في « الصحيحين » وغيرهما ، منها : قوله صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم »^(٢) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « من ظلم قيد شبر من أرض .. طوقه من سبع أرضين »^(٣) ، قيل : أراد : طوق التكليف لا طوق التقليد ؛ وهو أن يطوق حملها يوم القيامة ، والأصح - كما قاله البغوي - : أي : يخسف به الأرض فتصير البقعة في عنقه^(٤) ؛ ومما يصرح به حديث أحمد وغيره : « أيما رجل ظلم شبراً من الأرض .. كلفه الله عز وجل أن يحفر له حتى يبلغ به سبع أرضين ، ثم يطوقه يوم القيامة حتى يقضى بين الناس »^(٥) .

ومنها : حديث ابن حبان عن أبي حميد الساعدي : قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم : « لا يحل لمسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه » ، قال ذلك ؛ لشدة ما حرم الله من مال المسلم على المسلم^(٦) ، وغير ذلك .

قوله : (والإجماع) أي : فقد أجمع الأئمة على تحريم الغصب وتأثيم الغاصب ، وأنه يجب عليه رد المغصوب إن كانت عينه باقية ولم يخف من نزاعها إتلاف نفس .

قوله : (ومعلوم) يعني : أن كونه حراماً معلوم .

قوله : (من الدين بالضرورة) أي : بحيث لا يخفى على العوام فضلاً عن العلماء .

(١) مغني المحتاج (٣٥٥/٢) .

(٢) صحيح البخاري (١٧٤١) ، صحيح مسلم (١٦٧٩) عن سيدنا أبي بكر رضي الله عنه .

(٣) أخرجه البخاري (٢٤٥٣) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٤) شرح السنة (١٧٢/٥)

(٥) مسند الإمام أحمد (١٧٣/٤) عن سيدنا يعلى بن مرة رضي الله عنه .

(٦) صحيح ابن حبان (٩٧٨) .

فيكفر مستحلُّه ، (مِنْ الْكِبَائِرِ) إِنْ بَلَغَ رُبْعَ دِينَارٍ عَلَى نِزَاعٍ فِيهِ ؛ فَقَدْ قَالَ أَبُو عَبْدِ السَّلَامِ : إِنَّهُ فَسَقٌ وَلَوْ حَبَّةً . وَبَيَّنْتُ دَلَالَتَ ذَلِكَ فِي كِتَابِي « الزَّوْاجِرُ عَنْ اقْتِرَافِ الْكِبَائِرِ »

قوله : (فيكفر مستحلُّه) أي : معتقد حله وفسق فاعله ، ونقل عن الماوردي حكاية الإجماع على أن من فعله مع الاستحلال ممن لا يخفى عليه .. كفر ، ومع عدمه .. فسق^(١) ، قال في « التحفة » و« النهاية » : (وكأن هذا التفصيل إنما هو من جهة حكاية الإجماع عليه ؛ وإلا .. فصريح مذهبا : أن استحلال ما تحريمه ضروري كفر وإن لم يفعله ، وما لا .. فلا وإن فعله ، فتفطن له)^(٢) .

قوله : (من الكبائر) أي : فيفسق فاعله ولو مرة واحدة .

قوله : (إِنْ بَلَغَ رُبْعَ دِينَارٍ) فَإِنْ كَانَ دُونَهُ .. فهو صغيرة ، كذا نقل هذا التقييد عن الهروي والبغوي والعبادي ، وغيرهم .

قوله : (على نِزَاعٍ فِيهِ) أي : في تقييد كونه كبيرة ببلوغه ربع الدينار ، وممن نازعه الأذري وقال : (إنه تحديد لا مستند له) .

قوله : (فَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ : إِنَّهُ فَسَقٌ وَلَوْ حَبَّةً) ظاهره بل صريحه : أن هذا قول له ، ولكن الذي في « التحفة » و« النهاية » : (أنه نقل الإجماع على ذلك)^(٣) ، وكذا في « الزواجر » ، ثم قال فيه : (ويوافقه قول القرطبي : أجمع أهل السنة على أن من أكل حراماً ولو ما يصدق عليه اسم أكل .. فسق) انتهى^(٤) .

قوله : (وَبَيَّنْتُ دَلَالَتَ ذَلِكَ) أي : النزاع أو قول ابن عبد السلام .

قوله : (فِي كِتَابِي « الزَّوْاجِرُ عَنْ اقْتِرَافِ الْكِبَائِرِ ») قال فيه بعد نقول كثيرة ما ملخصه : (وكأن ابن عبد السلام لم يعتد بمقالة البغوي والهروي وغيرهما ؛ لضعف مدركها ، ولأنه لا مستند لها كما تقرر ؛ إذ الأحاديث الواردة في وعيد الغاصب والمطفف والسارق ونحوهم مطلقة فتتناول قليل ذلك وكثيره ، فلا يجوز تخصيصها إلا بدليل سمعي ؛ إذ الحكم بالوعيد الشديد إنما يتلقى من الشارع ، فإذا صح وعيد شديد في شيء من غير تقييد .. وجب إجراء ذلك على إطلاقه وعدم تقييده إلا بدليل صحيح سمعي أيضاً ، وحيث لا دليل لذلك .. فلا مستند لذلك التحديد كما قاله الأذري ، فبان أن

(١) الحاوي (٤١٥/٨) .

(٢) تحفة المحتاج (٣/٦) ، نهاية المحتاج (١٤٦/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (٣/٦) ونهاية المحتاج (١٤٦/٥) .

(٤) الزواجر عن اقتراف الكبائر (٥٦٦/١) .

(وَهُوَ) لَفَةً : أَخَذَ الشَّيْءَ ظُلْمًا وَلَوْ غَيْرَ مَالٍ ، وَبَنَحَ سُرْقَةً وَأَخْتَلَسَ ، وَشَرَعًا : (أَنْ يَسْتَوْلِيَ عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ) وَلَوْ اخْتِصَاصًا - كَكَلْبٍ صَيْدٍ - أَوْ مَنْفَعَةً ؛ كإِقَامَةٍ مَنْ قَعَدَ بِمَسْجِدٍ ، أَوْ سَوْقٍ ، أَوْ حَقٍّ نَحْوِ تَحْجِيرٍ

الوجه : أن ذلك القيد ضعيف ، وأن المعتمد : أنه لا فرق في الحكم عليه بكونه كبيرة ، وأن الفاعل يستحق ذلك الوعيد بين القليل والكثير .

نعم ؛ الشيء التافه جداً ؛ كزببية يمكن أن يقال : إن غصبه صغيرة ، لكن الإجماع المذكور يردّه ويصرح بأنه كبيرة مطلقاً ؛ لأن أموال الناس وحقوقهم وإن قلت لا يسامح فيها . . . (إلخ ^(١)) .

قوله : (وهو لغة) أي : الغصب في اللغة .

قوله : (أخذ الشيء ظلماً) قاله الجوهري ^(٢) ، وقال غيره : أخذ الشيء ظلماً جهاراً ؛ أي : فزاد قيد المجاهرة .

قوله : (ولو غير مال وبَنَحَ سُرْقَةً واختلاس) أي : فيدخل هذه المذكورات في اسم الغصب اللغوي ، قال في « حاشية الروض » : (ولا يمتنع أن يسمى غصباً وإن اختصت بأسماء ؛ كما يسمى بيع أحد النقيدين بالآخر صرفاً وإن شمله اسم البيع) ^(٣) .

قوله : (وشَرَعًا : أَنْ يَسْتَوْلِيَ عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ) أي : ولو كان الاستيلاء حكماً ، قال في « التحفة » : (ويرجع فيه للعرف ؛ كما يتضح بالأمثلة الآتية) ^(٤) .

قوله : (ولو اختصاصاً) أي : ولو كان حق الغير اختصاصاً .

قوله : (ككَلْبٍ صَيْدٍ) أي : أو زرع ، ولو عبر به (نافع) . . . لكان أولى ، قال [سم] : (خرج به العقور ، وكذا ما لا نفع فيه ولا ضرر ؛ كالفواسق الخمس فلا يد عليها ولا يجب ردها) ^(٥) .

قوله : (أَوْ مَنْفَعَةٍ) عطف على (اختصاصاً) .

قوله : (كإِقَامَةٍ مَنْ قَعَدَ بِمَسْجِدٍ أَوْ سَوْقٍ) أي : لا يزعم منه ؛ بأن كان قعوده بحق .

قوله : (أَوْ حَقٍّ نَحْوِ تَحْجِيرٍ) أي : أو قعد بحق نحو تحجير ، فهو معطوف على مدخول الباء ، ويحتمل أنه منصوب معطوف على (اختصاصاً) .

(١) الزواجر عن اقتراف الكبائر (١ / ٥٦٦ - ٥٦٧) .

(٢) الصحاح (١ / ١٧٣) ، مادة (غصب) .

(٣) حواشي الرمل على شرح الروض (٢ / ٣٣٦) .

(٤) تحفة المحتاج (٦ / ٢) .

(٥) انظر « حاشية الشيرازي » (٥ / ١٤٤ - ١٤٥) .

(بِغَيْرِ حَقٍّ) وَلَوْ اخْتِصَاصاً . وَمَنْ عَبَّرَ بِالْمَالِ . . . إِنَّمَا أَرَادَ تَعْرِيفَ الْمُضْمُونِ ، فَخَرَجَ بِهِ (الْاِسْتِيلَاءُ) الْمَبْنِيَّ عَلَى الْقَهْرِ وَالْغَلْبَةِ : مَجْرَدُ مَنَعِهِ مِنْ تَعَهُدِ مَالِهِ حَتَّى تَلْفَ ، فَلَا يَضْمَنُهُ

قوله : (بغير حق) المراد : بالحق المسوغ في نفس الأمر ، قاله الأسنوي^(١) .

قوله : (ولو اختصاصاً) لهذا مع تكرره لا يناسب ذكره هنا ، تدبر .

قوله : (ومن عبر بالمال) أي : كالرافعي في « المحرر » وصاحب « الحاوي » و « البهجة »^(٢) ، وكذا الإمام فإنه اختار : أنه الاستيلاء على مال الغير بلا حق^(٣) .

قوله : (إنما أراد تعريف المضمون) أي : الغصب المضمون ، فمنصوده : بيان حد الغصب الحقيقي ؛ وهو المقضي للضمان والإثم معاً فإن الاختصاص وإن شاركه في الإثم ووجوب الرد إلا أنه لا يضمن ، وبهذا علم صحة التعبير بالمال ، خلافاً لمن زعم عدم صحته .

نعم ؛ التعبير بحق غيره أحسن ؛ لأنه أعم كما تقرر ، ولذا أثره المصنف تبعاً لـ « المنهاج » وغيره ، فيكون التعريف جامعاً لأفراد الغصب المحرم الواجب فيه الرد ، وأما الضمان . . فسيصرح بانتفائه عن غير المال بقوله : (ولا يضمن الخمر . . .) إلخ ، تدبر .

قوله : (فخرج بالاستيلاء المبني على القهر والغلبة) أي : لأنه مصدر استولى من الولاية ، والسين والتاء للطلب كاستعلى استعلاء ، وفي « القاموس » : (استولى على الأمر : بلغ الغاية)^(٤) .

قوله : (مجرد منعه) أي : المالك أو غيره منعاً خاصاً ؛ كمنع المالك وأتباعه مثلاً ، أما المنع العام ؛ كأن منع جميع الناس من سقيها . . فيضمن بذلك . (ع ش)^(٥) .

قوله : (من تعهد ماله حتى تلف) أي : كأن منعه من سقي ماشيته ، أو غرسه ؛ كأن حبسه مثلاً . . فيترتب عليه عدم السقي .

قوله : (فلا يضمنه) أي : المال التالف ؛ لانتهاء الاستيلاء ، قال في « التحفة » : (وإن قصد منعه عنه على المعتمد ، وفارق هذا هلاك ولد شاة ذبحها ؛ بأنه ثم أتلف غذاء الولد المتعين له بإتلاف أمه ، بخلافه هنا)^(٦) .

(١) المهمات (٢٥/٦) .

(٢) المحرر (ص ٢١١) ، الحاوي الصغير (ص ٣٥١) ، بهجة الحاوي (ص ١١٤) .

(٣) نهاية المطلب (١٦٩/٧) .

(٤) القاموس المحيط (٥٨٣/٤) ، مادة : (ولي) .

(٥) حاشية الشيرازي (١٤٤/٥) .

(٦) تحفة المحتاج (٢/٦) .

وإن أئِم ، والسرقَةُ والاختلاسُ على وجهٍ فيه خفاءٌ . وتعبيره كـ « الروضة » بـ (غير حق) : مرادفٌ لتعبير « أصل المنهاج » وغيره بـ (ظلماً)

قوله : (وإن أئِم) أي : بمنعه المذكور حيث قصده .

قوله : (والسرقَةُ والاختلاس) معطوفان على (مجرد منعه) أي : فخرج بـ (الاستيلاء) : السرقَةُ والاختلاس .

قوله : (على وجه فيه خفاء) كأنه أراد به التنظير في خروجهما بالاستيلاء ؛ فقد قال شيخه في « الأسنى » : (وفيه نظر ، والحق : أنها - أي : السرقَةُ - غصب أيضاً وإن كانت من حيث إنها سرقَة يرتب عليها حكم زائد على الغصب بشرطه) انتهى^(١) ، لكن أشارا في « التحفة » و« النهاية » إلى جوابه حيث قال : (والتنظير في هذا بادعاء أن السرقَة نوع من الغصب أفرد بحكم خاص . . فيه نظر ، وصنيعهم بإفراها باب مستقل وجعلها من مباحث الجنائيات قاض بخلافه) تأمل^(٢) .

قوله : (وتعبيره) أي : المصنف رحمه الله تعالى ، مبتدأ خبره قوله : (مرادف . . .) إلخ .
قوله : (كـ « الروضة » بغير حق) أي : فإن النووي اختار فيها : أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق^(٣) .

قوله : (مرادف لتعبير « أصل المنهاج ») أي : مساو لتعبير « المحرر » للرافعي الذي هو أصل « منهاج النووي » ، لكن الذي ذكره في « الأسنى » : أنه عبر بالعدوان لا بـ (ظلماً)^(٤) ، وهكذا رأيت في « المحرر » فإن لفظه : (الغصب : الاستيلاء على مال الغير على جهة التعدي)^(٥) .
نعم ؛ هو بمعنى الظلم ؛ فقد عبر في « المنهاج » بـ (عدواناً)^(٦) ، وفسره شراحه بقولهم : أي : على جهة الظلم والتعدي ، تدبر^(٧) .

قوله : (وغيره) أي : كـ « الحاوي الصغير » و« الإرشاد »^(٨) .

قوله : (بـ « ظلماً ») متعلق بـ (تعبیر) .

(١) أسنى المطالب (٣٣٧/٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٣/٦) ، نهاية المحتاج (١٤٥/٥ - ١٤٦) .

(٣) روضة الطالبين (٣/٥) .

(٤) أسنى المطالب (٣٣٦/٢) .

(٥) المحرر (ص ٢١١) .

(٦) منهاج الطالبين (ص ٢٩٠) .

(٧) انظر « تحفة المحتاج » (٣/٦) ، و« نهاية المحتاج » (١٤٥/٥) .

(٨) الحاوي الصغير (ص ٣٥١) ، الإرشاد (ص ١٠٣) .

لأنَّه لغةٌ : وضعُ الشَّيءِ في غيرِ محلِّهِ وإن لم يكن فيه إثمٌ ، فخرج به الاستيلاء على مالٍ حربيٍّ ، وغريمٍ ظفرَ بشرطِهِ ، ومالٍ غيره يظنُّه مالُهُ ، فلا إثمٌ لكنَّهُ يضمنُهُ ضمانَ المَغصوبِ ؛ لوجودِ حكمِ الغصبِ لا حقيقتهِ ، بل قيل : وحقيقتهُ أيضاً ؛

قوله : (لأنه لغة) أي : الظلم في اللغة ؛ تعليل للمرافعة .

قوله : (وضع الشيء في غير محله) أي : بزيادة أو نقص .

قوله : (وإن لم يكن فيه إثم) أي : فلا يلزم من الظلم الإثم ؛ ففي الحديث : أنه صلى الله عليه وسلم توطأ ثلاثاً ثلاثاً ثم قال : « هكذا الوضوء ، فمن زاد أو نقص . . فقد أساء وظلم »^(١) .

قوله : (فخرج به) أي : بقوله : (بغير حق) المرادف لـ (ظلماً) .

قوله : (الاستيلاء على مال حربي وغريم ظفر بشرطه) أي : لأنهما كانا بحق ، وخرج بذلك أيضاً : نحو عارية ومأخوذ بسوم وأمانة شرعية ؛ كثوب طيرته الريح إلى حجره أو داره .

قوله : (ومال غيره) عطف على (مال حربي) وخرج به الاستيلاء على مال غيره .

قوله : (يظنه ماله) أي : وكذا أخذه اختصاص غيره يظنه اختصاصه . أو استولى على حق غيره يظنه حقه .

قوله : (فلا إثم ، لكنه يضمنه ضمان المغصوب) أي : من رد المثل في المثلي ، والقيمة في المتقوم كما سيأتي بقيوده .

قوله : (لوجود حكم الغصب) أي : وهو الرد عند البقاء ، والضمان بالبدل عند التلف .

قوله : (لا حقيقته) أي : الغصب الذي هو الاستيلاء على حق غيره ظلماً ، وهذا التعليل منقول عن الرافي متعقباً للإمام في قوله : (لا حاجة إلى التقييد بالعدوان ، بل يثبت الغصب وحكمه بغير عدوان . . .)^(٢) ، ثم مثل بالصورة المذكورة ، فقال الرافي : (والأشبه : التقييد به ، والثابت في هذه الصورة حكم الغصب لا حقيقته) انتهى^(٣) ، وسيأتي على الأثر ما فيه .

قوله : (بل قيل) نسبة في « الفتح » إلى بعضهم^(٤) ، ولعل مراده به شيخه في « شرح منهجه » فراجع .

قوله : (وحقيقته أيضاً) أي : فالصورة المذكورة داخلة في حد الغصب وإن لم يكن فيها إثم .

(١) أخرجه أبو داود (١٣٥) عن سيدنا عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما .

(٢) نهاية المطلب (١٦٩/٧) .

(٣) الشرح الكبير (٣٩٧/٥) .

(٤) فتح الجواد (٥٥٠/١) .

لأنَّ اقتضاءه للإثم أمرٌ أغلبيٌّ لا كليٌّ . (كَرُكُوبٌ دَائِبَةٌ) أي : الغير ، واستخدامٍ قَنَه

قوله : (لأن اقتضاءه) أي : الغصب (للإثم) .

قوله : (أمرٌ أغلبيٌّ لا كليٌّ) أي : فالرافعي نظر فيما قاله إلى أن المتبادر والغالب من الغصب ما يقتضي الإثم ، ومن ثم استحسّن تعبیر « الروضة » : (بغير حق)^(١) التابع له المصنف فيه ؛ لأنه شامل لتلك الصورة ، ويقتضي : أن الثابت فيها حقيقة الغصب ؛ نظراً إلى أن حقيقته صادقة مع انتفاء التعدي ؛ لأن القصد بالحد ضبط صور الغصب التي فيها إثم والتي لا إثم فيها ، ولذا : لما اعترض الأسنوي على النووي بأن قوله : (بغير حق) ذهول ، وصوابه : (عدواناً) لما قدمه من موافقة الرافعي على الفرق بينهما ، وإنما قصد الانتقاد على من عبر بالمال^(٢) . . أجيب عنه بأنه لم يذهل ، بل قصد ذلك ليدخل الصورة التي قالها الإمام ، ولا نسلم أنه وافق الرافعي على الفرق ، وإنما نقل كلامه على عادته ثم اختار ما مر ، وحيثُذ : حمل قولهم : (عدواناً) على قوله : (بغير حق) ويكون ذلك حقيقة الغصب عنده ، ولا يؤثر عدم الإثم في نحو صورة الإمام ؛ لأن الغصب لا يستلزم الإثم كما لا يستلزم ارتكاب المنهي عنه ؛ لتوقفه على العلم بأنه محرم .

هكذا ؛ [و] قال في « النهاية » : (وقد أفاد الوالد رحمه الله تعالى أن الذي يتحصل من كلام الأصحاب في تعريف الغصب : أنه حقيقة وإثماً وضماناً : الاستيلاء على مال الغير عدواناً ؛ وضماناً : الاستيلاء على مال الغير بغير حق ، وإثماً : الاستيلاء على حق الغير عدواناً)^(٣) ، قال ابن قاسم : (وهو غير حصر ؛ فقد بقي حقيقة لا ضماناً ولا إثماً ، بل وجوب رد فقط ، وهو : الاستيلاء بلا تعد على محترم غير مال ؛ كأخذ سرجين الغير يظنه له ، وبقي حقيقة الأعم من الضمان والرد ، وهو : الاستيلاء على محترم الغير بغير حق مطلقاً ، فليتأمل)^(٤) .

قوله : (كركوب دابته ؛ أي : الغير) أي : بغير إذنه وإن كان هو المسير لها ، بخلاف ما لو وضع عليها متاعاً بغير إذنه بحضوره فسيرها المالك . . فإنه يضمن المتاع ، ولا يضمن مالكة الدابة ؛ إذ لا استيلاء منه عليها . انتهى « تحفة »^(٥) .

قوله : (واستخدام قنه) أي : الغير بغير إذنه أيضاً .

(١) روضة الطالبين (٣/٥) .

(٢) المهمات (٢٥/٦) .

(٣) نهاية المحتاج (١٤٦/٥) .

(٤) حاشية ابن قاسم على الفروع (٣٩/٦) .

(٥) تحفة المحتاج (٤/٦) .

وإن لم ينقلهما عن مكانهما (وَالْجُلُوسِ عَلَى فِرَاشِهِ) الَّذِي لم تظهر منه مسامحة مَنْ جَلَسَ عليه وإن لم ينقله ، ولا قصد الاستيلاء عليه كاللَّذِينَ قبله ؛ لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء . (أَوْ دُخُولِ دَارِهِ) ولو وحده

قوله : (وإن لم ينقلهما عن مكانهما) أي : الدابة والقن ، أو لم يقصد الاستيلاء عليهما كما سيأتي .

قوله : (والجلوس على فراشه) أي : الغير ، وكذا التحامل برجله ؛ أي : وإن اعتمد معها على الرجل الأخرى كما بحثه في « التحفة »^(١) .

قوله : (الذي لم تظهر منه مسامحة من جلس عليه) أي : الفراش ، وإلا .. فلا يكون غصباً ؛ كأن تدل قرينة الحال على إباحة الجلوس عليه مطلقاً ، أو لناس مخصوصين ؛ كفرش مصاطب البازين لمن له عندهم حاجة .

قوله : (وإن لم ينقله) أي : الفراش عن موضعه .

قوله : (ولا قصد الاستيلاء عليه) أي : فلا فرق بين قصد الاستيلاء وعدمه ، لهذا هو المعتمد وإن نظر فيه السبكي .

قوله : (كاللذين قبله) أي : الدابة والقن ، قال في « النهاية » : (وقول البغوي : إنه لو بعث عبد غيره في حاجة له بغير إذن سيده لم يضمه ما لم يكن أعجمياً أو غير ميسر . ضعيف ؛ فقد رجح خلافه في « الأنوار » ، ونقل عن « تعليق البغوي » آخر « العارية » ضمانه)^(٢) .

قوله : (لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء) يعني : أن غاية الاستيلاء حاصلة بذلك ؛ وهي الانتفاع به متعدياً ، قال في « الفتح » : (نعم ؛ إن حضر المالك ولم يرعجه ، لكنه بحيث يمنعه التصرف فيه .. كان غاصباً لنصفه فقط ؛ أي : وإن جلس على يسير منه ؛ لأن يدهما معاً عليه نظير ما يأتي في الدار فلم يفرقوا فيه بين وضع يده على نصفه أو أقل منه أو أكثر)^(٣) .

قوله : (أو دخول داره) أي : الغير .

قوله : (ولو وحده) أي : الغصب ، ولا بد في دخوله من قصد الاستيلاء عليها ، قال في « التحفة » : (أما إذا لم يقصد الاستيلاء ؛ كأن دخل لتفرج .. لم يكن غاصباً ، وإنما ضمن منقولاً

(١) تحفة المحتاج (٤/٦) .

(٢) نهاية المحتاج (١٤٨/٥) .

(٣) فتح الجواد (٥٥٠/١) .

إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالِكُهَا بِهَا وَلَوْ قُوياً ؛ لَوْجُودِ الْاِسْتِيلَاءِ وَإِنْ سَهَلَ عَلَى الْقَوِيِّ الْمَنْعُ . (وَإِزْعَاجِهِ) أَي : إِخْرَاجِهِ (مِنْهَا) مَعَ اِسْتِيلَاءِهِ عَلَيْهِ ؛ فَإِنْ مَنَعَهُ مِنْ نَقْلِ مَا فِيهِ . . فغاصبٌ لَهُ أَيْضاً ،

رفعه لذلك ؛ لأن يده عليه حقيقية ، واليد على العقار حكمية فتوقفت على قصد الاستيلاء (١) .

قوله : (إذا لم يكن مالكا بها) أي : الدار ، ولا من يخلفه ؛ فقد قال الأذري : (الظاهر : أن التعبير بالمالك مثال ، وأن حضور من يخلفه من مكتر وحافظ ومستعير كحضوره ، وكذلك لو كان أهله وولده بها ولم يزعمهم ؛ لعدم الاستيلاء عليها كلها) .

قوله : (ولو قوياً) أي : ولو كان المالك أو من يخلفه قوياً والداخل ضعيفاً .

قوله : (لوجود الاستيلاء وإن سهل على القوي المنع) أي : فإن أثر قوته إنما هو في سهولة النزاع ؛ فأشبه ما لو سلب فلنسوة ملك . . فإنه غاصب وإن سهل على المالك نزاعها من السالب .

قوله : (وإزعاجه) أي : المالك أو من يقوم مقامه .

قوله : (أي : إخراجه منها) أي : من الدار ، كذا فسر بعض اللغويين الإزعاج بمجرد الإخراج ، وقال في « القاموس » : (زعجه كمنعه : أقلقه وقلعه من مكانه ؛ كازعجه فانزعج وطرده وصاح) (٢) .

قوله : (مع استيلائه عليه) أي : ما ذكر من الدار ، فلو أنه . . لكان أولى ؛ بأن قصد الاستيلاء على تلك الدار ، وعبرة « المغني » : (ولكن لا بد من قصد الاستيلاء كما قاله الماوردي والإمام ، وإليه أشار المصنف بقوله : وقهره على الدار ، فإن وجد الانزعاج فقط . . فلا يكون غاصباً لشيء منها ولا يضمناها) انتهى (٣) ، لكن خالفهم في « التحفة » و « النهاية » إذ فيهما : (وإن لم يقصد الاستيلاء عليها ، خلافاً لجمع) (٤) .

قوله : (فإن منعه) أي : المالك .

قوله : (من نقل ما فيه) أي : من الأمتعة .

قوله : (فغاصب له أيضاً) أي : وإن لم يقصد الاستيلاء عليه بخصوصه ، وما أفهمه كلام جمع : أنه لا بد أن يقصد الاستيلاء عليه بخصوصه ولا يكفي قصد الاستيلاء . . رده الأذري فقال وفقاً للخوارزمي : إن الاستيلاء على الظرف استيلاء على المظروف . انتهى « تحفة » بنوع

(١) تحفة المحتاج (٨/٦) .

(٢) القاموس المحيط (١/١٠١) ، مادة : (زعج) .

(٣) مغني المحتاج (٣٥٦/٢) .

(٤) تحفة المحتاج (٧/٦) ، نهاية المحتاج (١٤٩/٥-١٥٠) .

وإن أكرهه على الخروج منه ولم يستول عليه . . لم يكن غاصباً له ، ولو شاركه المالك أو غيره في الاستيلاء على الكل . . كان غاصباً للنصف فقط ما لم يكن المالك أقوى منه ، فلا يكون غاصباً لشيء منه

تصرف^(١) ، ونحوه في « النهاية »^(٢) .

قوله : (وإن أكرهه) أي : المالك .

قوله : (على الخروج منه) أي : مما ذكر الذي هو الدار .

قوله : (ولم يستول عليه) أي : لم يقصد الاستيلاء عليه .

قوله : (لم يكن غاصباً له) كذا في « الفتح »^(٣) ، ومر عن « التحفة » و « النهاية » ما يفيد خلافه ، فلي تأمل .

قوله : (ولو شاركه) أي : الغاصب .

قوله : (المالك أو غيره) أي : ممن يخلف المالك ؛ كمستأجر ومستعير .

قوله : (في الاستيلاء على الكل) أي : وقد دخل الغاصب بقصد الاستيلاء على الجميع .

قوله : (كان غاصباً للنصف فقط) أي : لا للكل ، قال في « التحفة » : (لاجتماع يدهما فيكون الاستيلاء لهما معاً ، وبه يعلم : أن مالك الدار لو تعدد . . كان غاصباً لحصته بعدد الرؤوس وعكسه)^(٤) أي : بأن تعدد الداخل ، قال (سم) : (اعتمده الرملي ، وقال في « شرحه » : وأما عيال المالك . . فلا يدخلون في التقسيط ؛ فقد قال الكوهكيلوني في « شرح الحاوي » : إذا ساكن الداخل الساكن بالحق . . لا فرق بين أن يكون مع الداخل أهل مساوون لأهل الساكن أم لا ، حتى لو دخل غاصب ومع الساكن من أهله عشرة . . لزمه النصف ، ولو كان الساكن بالحق اثنين . . كان ضامناً للثلث وإن كان معه عشرة من أهله)^(٥) .

قوله : (ما لم يكن المالك أقوى منه) أي : من الداخل ؛ بأن يتساويا قوة وضعفاً ، أو كان الداخل أقوى من المالك .

قوله : (فلا يكون غاصباً لشيء منه) أي : أما إذا كان المالك أقوى من الداخل . . فلا يكون

(١) تحفة المحتاج (٨ / ٦) .

(٢) نهاية المحتاج (١٥٠ / ٥) .

(٣) فتح الجواد (٥٥١ / ١) .

(٤) تحفة المحتاج (٨ / ٦) .

(٥) حاشية ابن قاسم على التحفة (٨ / ٦) .

(وَعَلَى الْغَاصِبِ الرَّدُّ) وجوباً إلى المالك (بِمُؤَنَّتِهِ) كَأَن نَقَلَهُ إِلَى مُحَلٍّ بَعِيدٍ وَإِنْ كَانَتْ مُؤَنَّةُ الرَّدِّ مِنْهُ أَضْعَافَ قِيمَتِهِ ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ :

غاصباً لشيء من البيت ولو بقصد الاستيلاء ؛ لأنه لا يعد مستولياً ، ولا عبرة بقصد ما لا يتمكن منه ، وإنما هو وسوسة وحديث نفس ، قيل : قياس ذلك : أنه لو ضعف المالك بحيث لا يعد له مع قوة الداخل استيلاء . . يكون غاصباً لجميعها إذا قصد الاستيلاء عليها ، ورد بأن يد المالك باقية لم تنزل ، بل هي موجودة فهي قوة ؛ لاستنادها للملك ، فلا معنى لإلغائها بمجرد قوة الداخل ، قيل : قد يعارض بمثله في الداخل الضعيف بقصد الاستيلاء ، وليس المالك فيها ؛ أي : يلزم أن يكون المغصوب فيه الضعف فقط ؛ لبقاء يد المالك أيضاً ، ورد بوضوح الفرق بين الداخل الضعيف والمالك الضعيف ؛ بأن يد المالك الحسية منتفية ثم فائز قصد الاستيلاء ، وموجودة هنا فلم يؤثر معها في رفعها من أصلها وإن ضعفت ، تدبر .

قوله : (وعلى الغاصب الرد وجوباً) أي : وفوراً عند التمكن في المتمول وغيره ، قال المحب الطبري : (وعلى الغاصب التعزير لحق الله تعالى واستيفاءه للإمام ، ولا يسقط بإبراء المالك) .

قوله : (إلى المالك) أي : حيث غصبه منه ، قال في « التحفة » : (ولو غصب من غير المالك . . برىء بالرد لمن غصب منه إن كان نحو وديع ومستأجر ومرتهن لا ملتقط ، وفي مستعير ومستام وجهان ، أوجههم كما اقتضاه كلامهما : أنه كالملتقط بجامع الضمان) انتهى^(١) ، واعتمد الرملي أنهما كالأول ؛ لأنه مأذون لهما من جهة المالك^(٢) .

قوله : (بمؤنته) أي : مع وجوب مؤنة الرد عليه .

قوله : (كأن نقله إلى محل بعيد) أي : أو انتقل المغصوب إليه أو نقله أجنبي .

قوله : (وإن كانت مؤنة الرد منه) أي : من المحل البعيد .

قوله : (أضعاف قيمة) أي : المغصوب ، قال في « المغني » : (فلو لقي المالك بمفازة والمغصوب معه : فإن استيده . . لم يكلف أجره النقل ، وإن امتنع فوضعه بين يديه . . برىء [إن لم يكن] لنقله مؤنة ، ولو أخذه المالك وشرط على الغاصب مؤنة النقل . . لم يجز ؛ لأنه نقل [ملك] نفسه ، ذكر ذلك البغوي^(٣) .

قوله : (لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم) أي : فيما رواه أبو داود وغيره بسند صحيح .

(١) تحفة المحتاج (٩/١٠) .

(٢) نهاية المحتاج (١٥١/٥) .

(٣) مغني المحتاج (٣٥٧/٢) .

« على أليد ما أخذت حتى تؤديه » . هذا كله إن بقي ، وإلا . . ضمن بدله ، ويصدق بيمينه في دعواه التالف ؛ لئلا يتخلد حبسه

قوله : (« على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ^(١)) في « التحفة » : (كذا استدلوأ به ، وهو إنما يدل على وجوب الضمان ، ولعلمهم وكلوا ذلك إلى ما هو معلوم مجمع عليه أن الخروج عن المعصية واجب فوري) ^(٢) ، قال ابن قاسم : (وقد يمنع هذا الحصر ، بل قوله : « حتى تؤديه » أي : نفس ما أخذته كما هو ظاهر اللفظ قد يدل على وجوب الرد) تأمل ^(٣) .

قوله : (« هذا كله ») أي : وجوب رد المغصوب بمؤنته وإن كانت أكثر .

قوله : (« إن بقي ») أي : المغصوب ، وقد لا يجب الرد لكون الغاصب ملكه بالغصب ؛ وذلك في حربي غصب مال حربي ؛ لأن مال الحربي غير محترم أو ملكه بفعله كما يأتي ، وقد لا يجب الرد فوراً ؛ وذلك فيما لو غصب لوحاً وأدرجه في سفينته وكانت في لجة وخيف من نزعه هلاك محترم في السفينة ولو للغاصب . . فلا ينزع في هذه الحالة ، وما لو أخر الرد للإشهاد وإن طالبه المالك للضرورة ؛ فإن المالك قد ينكره ، وهو لا يقبل قوله في الرد .

قوله : (« وإلا ») أي : وإن لم يبق المغصوب ؛ بأن تلف .

قوله : (« ضمن بدله ») أي : بالمثل إن كان مثلياً ، وبأقصى القيم إن كان متقوماً كما سيأتي في المتن .

قوله : (« ويصدق بيمينه ») أي : الغاصب .

قوله : (« في دعواه التلف ») أي : فيما إذا اختلف الغاصب والمالك فادعى الغاصب تلف المغصوب وأنكره المالك . . فيصدق الغاصب بيمينه ، فإذا حلف . . غرمه المالك بدله من مثل أو قيمة ؛ لعجزه عن الوصول إلى عين ماله بيمين الغاصب فصار كالتالف ، وله إجبار المالك على قبول البدل منه ؛ لتبرأ ذمته .

قوله : (« لئلا يتخلد حبسه ») أي : الغاصب فإنه قد يكون صادقاً وهو عاجز عن إقامة البينة ، فلو لم نصدقه . . لأدبى إلى تخليد حبسه ، قال في « التحفة » : (وأخذ منه الزركشي : أن محله إذا لم يذكر سبباً أو ذكر سبباً خفياً ، أما إذا ذكر سبباً ظاهراً . . فيحبس حتى يبينه كالوديع) ^(٤) .

(١) سنن أبي داود (٣٥٦١) عن سيدنا سمرة بن جندب رضي الله عنه .

(٢) تحفة المحتاج (٩ / ٦) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٩ / ٦) .

(٤) تحفة المحتاج (٣١ / ٦) .

(وَإِنْ تَلَفَ الْمَغْضُوبُ فِي يَدِهِ) ولو بغير تقصير منه (أَوْ أَتْلَفَهُ . ضَمَنَهُ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، وَبِقِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا ، وَالْمِثْلِيُّ : مَا يَكَالُ أَوْ يُوزَنُ)

قوله : (وإن تلف المغضوب في يده) أي : وكان المغضوب مالا أو متمولا ، بخلاف غير المتمول ؛ كحبة بر وكلب وزبل فإنه لا ضمان فيه .

قوله : (ولو بغير تقصير منه) أي : من الغاصب ، وخرج بقول المصنف : (في يده) : ما لو تلف بعد الرد إلى المالك . فإنه لا ضمان .

نعم ؛ استثنى ما لو رده إلى المالك بإجارة أو رهن أو ودیعة ولم يعلم المالك فتلف عنده . . فإن ضمانه على الغاصب .

قوله : (أو أتلفه) أي : أتلف الغاصب المغضوب ، وكذا لو أتلفه أجنبي ، فلو أتلفه المالك في يد الغاصب . . برىء من الضمان .

نعم ؛ لو صال المغضوب على المالك فقتله دفعا لصياله . . لم يبرأ الغاصب من الضمان سواء علم أنه ملكه أم لا ؛ لأن الإتلاف بهذه الجهة كتلفه بنفسه .

قوله : (ضمنه) أي : المغضوب إجماعاً .

نعم ؛ لو غصب حربي مال محترم ثم عصم : فإن كان باقياً . . رده ، أو تالفاً . . لم يضمنه ؛ كقن غير مكاتب غصب مال سيده وأتلفه فإنه لا يضمن ، وباغ أو عادل غصب شيئاً وتلف أو أتلفه حال القتال بسببه .

قوله : (بمثله إن كان مثلياً) أي : لآية : ﴿ فَمَنْ أَعْتَذَرَ عَلَيْكُمْ ﴾ ، ولأنه أقرب إلى التالف ، ولأن المثل كالنص ؛ لأنه محسوس ، والقيمة كالاتجاه ، ولا يصار للاتجاه إلا عند فقد النص ، ويشترط لضمانه بمثله خمسة :

الأول : أن يكون له قيمة في محل المطالبة .

والثاني : ألا يكون لنقله من محل المطالبة إلى محل الغصب مؤنة .

والثالث : ألا يتراضيا على القيمة .

والرابع : ألا يصير متقوماً أو مثلياً آخر أكثر قيمة منه .

والخامس : وجود المثل .

قوله : (وبقيمته إن كان متقوماً) أي : كالحیوان وأبعاضه سواء القن وغيره ، ويكون الضمان بأقصى القيم من الغصب إلى التلف كما سيأتي .

قوله : (والمثلي ما يكال أو يوزن) أي : ما حصره كيل أو وزن ؛ بمعنى : أنه لو قدر شرعاً . .

وَجَازَ السَّلْمُ فِيهِ (كَالْمَاءِ) غَيْرِ الْحَارِّ (وَالْحُبُوبِ ، وَالْأَذْهَانِ ، وَالنَّحَاسِ ، وَالْمِسْكِ ، وَالْقُطْنِ) وَلَوْ بِحَبِّهِ (وَالْعَنْبِ) وَالرُّطْبِ

قدر بكيل أو وزن ، وليس المراد : ما أمكن فيه ذلك ؛ فإن كل شيء يمكن وزنه وإن لم يعتد فيه ، ويعرف بهذا أن الماء والتراب مثليان ؛ لأنهما لو قدرا . . كان تقديرهما بكيل أو وزن . انتهى جمل عن الشارح^(١) .

قوله : (وراز السلم فيه) أي : فيما ذكر من المكيل والموزون .

قوله : (كالماء غير الحار) أي : غير مسخن بنار ، أما المسخن بها . . فمقوم على ما في « المطلب » لاختلاف درجات حموه ، وألحق به الأذرعى الأذهان إذا دخلت النار ؛ أي : لغير التمييز ، خالفه في « الكفاية » حيث جوز بيع بعضه ببعض ، والأول أوجه . « تحفة »^(٢) ، وكذا اعتمده شيخه^(٣) ، وخالفه الخطيب والرملى فاعتمدا ما في « الكفاية »^(٤) .

قوله : (والحبوب) أي : ولو حب برسيم وغاسول . (ع ش)^(٥) .

قوله : (والأذهان والنحاس) أي : والحديد والتبر ؛ وهو ذهب المعدن الخالص عن ترابه .

قوله : (والمسك) أي : والعنبر والكافور .

قوله : (والقطن ولو بحبه) أي : كما صرح به الرافعي في السلم^(٦) ، قال الأسنوي : (ولم يستحضر في « المطلب » ما قاله الرافعي هناك فقال : أما قبل نزع حبه . . فالذي يظهر : القطع بأنه مقوم)^(٧) ، قال بعضهم : (وقشر بن لم يعرض على النار بما يمنع صحة السلم فيه) ، قال في « التحفة » : (ومثله في ذلك البن نفسه)^(٨) .

قوله : (والعنب والرطب) أي : وسائر الفواكه الرطبة ، قيل : إن الزيتون مقوم ، واستظهر (ع ش) خلافه^(٩) .

(١) فتوحات الوهاب (٣/٤٧٨) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٢٠) .

(٣) أسنى المطالب (٢/٣٤٥) .

(٤) مغني المحتاج (٢/٣٦٣-٣٦٤) ، نهاية المحتاج (٥/١٦٢) .

(٥) حاشية الشيراملسي (٥/١٦٢) .

(٦) الشرح الكبير (٤/٤٢٠) .

(٧) المهمات (٦/٣٧) .

(٨) تحفة المحتاج (٦/٢٠) .

(٩) حاشية الشيراملسي (٥/١٦٢) .

على المعتمد فيهما ، (وَالزَّيْتِ ، وَالذَّقِيقِ ، لَا) ما لَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ ؛ كَالْمَعْجُونِ ، و (أَلْغَالِيَةِ)
وَالْجَوَاهِرِ الْكِبَارِ ، وما أَثَرْتُ فِيهِ نَارٌ غَيْرُ مَنْضِبَةِ كَمَاءٍ حَارٍّ

قوله : (على المعتمد فيهما) أي : في كون العنب والرطب مثليين ، وهذا الذي اعتمده هنا هو ما اعتمده الرملي والخطيب^(١) ، ومقتضى صنيعه في « التحفة » اعتماد : أنه متقوم ؛ لأنه نقل ذلك عن الشيخين هنا بصيغة التبري ، ثم قال : (لكنهما جريا في الزكاة نقلاً عن الأكثرين على أن ذلك متقوم ، وصححه في « السجموع » ، واعتمده ابن الرفعة وغيره) انتهى^(٢) ؛ فقد اشتهر أن ما فيها بعد (لكن) هو المعتمد عنده خصوصاً مع قوله : (وصححه . . .) إلخ ؛ فإنه مؤيد لاعتماده ، تدبر .

قوله : (والزيت) داخل في الأدهان ، فلو أبدله باللبن لكان أحسن .
قوله : (والدقيق) أي : والنخالة والخل والصابون والتمر والزبيب ، قال في « النهاية » :
(وصوف وإن نقل عن الشافعي رضي الله تعالى عنه ما يوهم توقفه في مثليته حيث قال : يضمن بالمثل إن كان له مثل ؛ لإمكان حمله على فقد المثل حساً أو شرعاً)^(٣) .
قوله : (لا ما لا يجوز السلم فيه) أي : المكيل أو الموزون ، فهذا محترز قوله : (وجاز السلم فيه) .

قوله : (كالمعجون والغالية) أي : لأنهما مختلطان من أجزاء مختلفة مع عدم انضباطها .
قوله : (والجواهر الكار) أي : كاللآلئ واليواقيت ، قال في « التحفة » في (باب السلم) :
(بخلاف صغير اللؤلؤ ؛ وهو ما يطلب للتداوي - أي : غالباً - وضبطه الجويني بسدس دينار ، ولعله باعتبار ما كان من كثرة وجود كباره في زمنهم ، أما الآن فهذا لا يطلب إلا للزينة لا غير ، فلا يصح السلم فيه ؛ لعزته)^(٤) .

قوله : (وما أثرت فيه نار غير منضبطة) أي : لطبخ أو قلي أو شي ، بخلاف نار التمييز .
قوله : (كماء حار) أي : على ما مر من الخلاف ، قال في « التحفة » : (وترددوا في الماء الملح ، ويظهر : أنه إن اختلفت ولم ينضبط كان متقوماً ؛ لعدم صحة السلم فيه ، وإلا كان مثلياً ، ولو ألقى حجراً حاراً في ماء برد في الصيف فزال برده فأوجه أوجهها : أنه يلزمه

(١) نهاية المحتاج (١٦٢/٥) . مغني المحتاج (٣٦٤/٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٢١٠/٦) .

(٣) نهاية المحتاج (١٦٢/٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٢٠/٥) .

والرديء عيباً - ولا ما يُعدُّ كالحيوان ، (و) ما يُذرَعُ نحو (الثياب والأخشاب) .. فهذه كلها متقومة - لأنَّ المانع من ثبوتها في الذمة بعقد السلم مانع من ثبوتها فيها بالتلف والإتلاف . والقمح المختلط بالشعير يجب مثله ، فيُخرج القدر المحقق منهما ، مع امتناع السلم فيه ؛

ما بين قيمته بارداً وحاراً حينئذ (١) .

قوله : (والرديء عيباً) أي : فإنه ليس بمثلي ؛ لعدم جواز السلم فيه ، أما الرديء نوعاً . فمثلي ؛ لشمول التعريف له .

قوله : (ولا ما يعد كالحيوان) أي : وليس من المثلي المعدود ، وهذا محترز قيد الوزن أو الكيل .

قوله : (وما يذرَع نحو الثياب والأخشاب) كذلك .

قوله : (فهذه كلها) أي : ما لا يجوز السلم فيه وما يعد وما يذرَع .

قوله : (متقومة) أي : فالواجب فيها رد أقصى القيم من حين الغصب إلى التلف كما سيأتي في المتن .

قوله : (لأن المانع من ثبوتها ...) إلخ ، هذا تعليل لما قبل قوله : (ولا ما يعد) ، فالأولى تقديمه عليه ، تأمل .

قوله : (والقمح المختلط بالشعير يجب مثله) أي : رد مثله ؛ لأنه مثلي ، ولذا أورد على التعريف المذكور ، وصورة الإيراد أن يقال : لنا مثلي لا يجوز السلم فيه ويجب رد المثل ، فالتعريف غير جامع ، وقد أشار إلى جوابه بقوله الآتي : (لكن إيجاب مثله ...) إلخ .

قوله : (فيخرج القدر المحقق) أي : المتيقن في براءة الذمة ؛ أي : الذي تبرأ به الذمة بيقين .

قوله : (منهما) أي : القمح والشعير ؛ بأن أخرج أكثر من الواجب ، فإذا كان المختلط إردباً وشك هل البر ثلث أو نصف .. أخرج الثلثين من الشعير والنصف من البر ، قال (ع ش) : (ويصدق الغاصب في قدر ذلك إذا اختلفا فيه ؛ لأنه الغارم ، ويحتمل - وهو الظاهر - أن يقال : يوقف الأمر إلى الصلح ؛ لأن محل تصديق الغارم إذا اتفقا على شيء واختلفا في الزائد ، وما هنا ليس كذلك) تأمل (٢) .

قوله : (مع امتناع السلم فيه) أي : مع عدم صحة السلم في المختلط المذكور .

(١) تحفة المحتاج (٢٠/٦) .

(٢) حاشية الشيرازي (١٦١/٥) .

لكن إيجاب مثله لا يقتضي كونه مثلياً . كما يجب ردُّ مثل المتقوم في القرض ؛ على أن ردَّ المثل فيه إنما هو بالنظر لجزأيه ، وكلُّ منهما يجوز السلم فيه . (وأما المتقوم)

قوله : (لكن إيجاب مثله لا يقتضي كونه مثلياً) أي : لا يستلزمه ، بل قد يكون ؛ لأنه الأقرب إلى التالف .

قوله : (كما يجب رد مثل المتقوم في القرض) توقف بعضهم في هذا القياس ، ووجه بأن عدم الاستلزام في القرض لا يستلزم عدمه في الغصب ، مع أن قول المصنف كالصريح في الاستلزام في الغصب ، فليتأمل .

قوله : (على أن رد المثل فيه) أي : والتحقيق على أن رد المثل في المختلط المذكور .

قوله : (إنما هو بالنظر لجزأيه) أي : الباقيين بحالهما من غير استهلاك .

قوله : (وكل منهما) أي : من الجزأين .

قوله : (يجوز السلم فيه) أي : لأن امتناع السلم في جملة لا يوجب امتناعه في جزأيه .

هذا ؛ وما تقرر من وجوب رد المثل في المختلط المذكور نقلوه عن الأسنوي مورداً له على تعريف المثلي ، وقد تعجب منه الأذري ، ولذا : قال البدر الزركشي : (قد يمنع رد مثله ؛ لأنه بالاختلاط انتقل من المثلي إلى المتقوم ؛ للجهل بقدر كل منهما) ، قال في « التحفة » : (وهذا هو الأوجه ، بل كلامهم مصرح به حيث شرطوا في المثلي صحة السلم فيه ، فعليه : لا إيراد)^(١) ، ونحوه في « النهاية »^(٢) ، وكذا نقل عن « فتاوى شيخ الإسلام » اعتماد أن ذلك متقوم ، وقال ابن قاسم : (الوجه : أنه لو علم قدر كل منهما . رد المثل لكل منهما ، وأنه لو علم قدر أحدهما دون الآخر . رد مثل ما علم قدره وقيمة الآخر)^(٣) ، وهذا يشبه أن يكون جمعاً بين الرأيين ، فليتأمل .

قوله : (وأما المتقوم) أي : المغصوب المتقوم بكسر الواو ، وقيل : بفتحها ، واعترض بأن (متقوم) لازم ؛ لأنه مطوع (قومه) والوصف من اللازم إنما هو اسم فاعل ، والمفعول منه لا يكون إلا بالصلة ، وليس المعنى هنا على تقديرها ، وأجيب بأن باب التفاعل قد يكون متعدياً ؛ ففي « المقصود » : (وأبواب الخماسي كلها لوازم إلا ثلاثة أبواب ، نحو : افتعل وتفاعل وتفاعل فإنها مشتركة بين اللازم والتعدي) تأمل^(٤) .

(١) تحفة المحتاج (٢٠/٦) .

(٢) نهاية المحتاج (١٦١/٥) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٠/٦) .

(٤) المقصود (ص ٤٣) .

فَيُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمِهِ مِنْ) حِينَ (الْغَصْبِ إِلَى) حِينَ (التَّلْفِ) لتَوَجُّهِ الرَّدِّ عَلَيْهِ حَالِ الزِّيَادَةِ ،
وَيَكُونُ مِنْ نَقْدٍ مَحَلٍّ التَّلْفِ حَيْثُ لَمْ يَنْقَلُهُ ، فَإِنْ كَانَ التَّلْفُ بِمَفَازَةٍ . . أَعْتَبِرَ نَقْدُ أَقْرَبِ الْبِلَادِ إِلَيْهَا ،
فَإِنْ نَقَلَهُ

قوله : (فيضمن بأقصى قيمه) أي : بأكثر قيمه - بكسر القاف وفتح الياء - جمع قيمة ، قال في
« حاشية الروض » : (هل القيمة وصف قائم بالمتقوم ، أو هي ما ينتهي إليه رغبات الراغبين في
إبتاعه ؟ وجهان ، قال ابن الرفعة في « كتاب الشهادات » : والأظهر : الثاني)^(١) .
قوله : (من حين الغصب إلى حين التلف) أي : وإن زاد على دية الحر ، قاله في « شرح
المنهج »^(٢) .

قوله : (لتوجه الرد عليه) أي : على الغاصب ؛ تعليل لتضمنينه بالأقصى .
قوله : (حال الزيادة) أي : فإن الغاصب في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد ، فإذا لم
يرد . . ضمن بدله مع قصد التغليظ عليه ؛ لتعديه في الأغلب ، بخلاف ما لو رده بعد الرخص . .
لا يغرم شيئاً ؛ لأنه مع بقاء العين يتوقع زيادتها بالنظر لذاتها وإن قطع بعدمها ، على أنه لا نظر مع
وجود العين للقيمة أصلاً ، تأمل .
قوله : (ويكون) أي : أقصى القيم .

قوله : (من نقد محل التلف) أي : نقده الغالب ؛ لأنه محل وجوب الضمان ، قال في
« المغني » : (فإن غلب نقدان وتساويا . عين القاضي واحداً كما قاله الرافعي في « كتاب البيع »)^(٣) .
قوله : (حيث لم ينقله) أي : المتقوم ، فمحل اعتبار نقد محل التلف إذا لم ينقله عنه .
قوله : (فإن كان التلف بمفازة) أي : أو نحوها من كل محل ليس فيه نقد غالب .

قوله : (اعتبر نقد أقرب البلاد إليها) أي : إلى تلك المفازة ، فإن قرب إليها بلدان مثلاً وكان
النقد الغالب في أحدهما غير ما في الآخر . . فهل يتخير الغاصب ، أو يعين القاضي واحداً منهما ؟
ولعل الثاني أقرب ، ثم رأيت في « التحفة » بحث الأول حيث قال : (ولو استوى في القرب إليه
محال مختلفة القيم . . تخير الغاصب فيما يظهر) انتهى^(٤) .

قوله : (فإن نقله) أي : المغصوب ، محترز قوله : (حيث لم ينقله) .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٤٧/٢) .

(٢) فتح الوهاب (٢٣٢/١) .

(٣) مغني المحتاج (٣٦٧/٢) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٧/٦) .

أَعْتَبَرْنَا نَقْدَ الْبَلَدِ الَّذِي أَعْتَبَرَ قِيَمَتُهُ ، وَلَا أَثَرَ لِتَكَرُّارِ غَلَاءِ السَّعْرِ وَرَخِصِهِ ، حَتَّى لَا يَضْمَنُ كُلُّ الزِّيَادَةِ بِلِ الْأَكْثَرِ فَقَطْ ، وَلَا لَزِيَادَةِ السَّعْرِ بَعْدَ التَّلْفِ . نَعَمْ ؛ الْمَنَافِعُ تُضْمَنُ فِي كُلِّ بَعْضٍ مِنْ أَبْعَاضِ الْمُدَّةِ بِأَجْرَةٍ مِثْلَهَا فِيهَا ، وَلَوْ عَدِمَ مِثْلُ الْمِثْلِيِّ حَسّاً أَوْ شَرْعاً كَأَن وَجَدَ بَغِينٍ ، أَوْ مَنَعَهُ مِنْهُ مَانِعٌ . ضَمْنَهُ

قوله : (اعتبر نقد البلد الذي اعتبر قيمته) أي : وهو أكثر المحال التي وصل إليها قيمته ؛ عملاً بمحل وجوب الضمان الحقيقي ، قال الشيخ جمل : (سواء كان هو محل التلف أم محلاً آخر ، وسواء كان محل الغصب أو محلاً آخر)^(١) .

قوله : (ولا أثر لتكرار غلاء السعر ورخصه) أي : كما علم من كلام المتن .
قوله : (حتى لا يضمن كل الزيادة) أي : فلا يضمن . . . إلخ ، فـ (حتى) تفرعية .
قوله : (بل الأكثر فقط) أي : بل يضمن الأكثر فقط من حين الغصب إلى التلف .
قوله : (ولا لزيادة السعر بعد التلف) أي : ولا أثر لزيادة السعر بعد تلف المغصوب كما لا أثر بالنقص بعد الكساد ؛ إذ لا وجود لذلك ، فلو غصب ثوباً مثلاً وقيمته مئة فصارت بالغلاء مئتين ثم صارت بالرخص مئة ثم صارت بالغلاء مئتين ثم تلف ثم صارت بالغلاء ثلاث مئة . . . لزمه مئتان فقط ؛ لأنهما أقصى قيمة من غصبه إلى تلفه .

قوله : (نعم ؛ المنافع تضمن . . .) إلخ ، استدراك على قوله : (ولا أثر لتكرار . . .) إلخ ، أي : فمحل الضمان بالأكثر فقط من غير نظر إلى التكرار في الأعيان دون المنافع .
قوله : (بأجرة مثلها فيها) أي : أجرة مثل تلك المنافع في تلك المدة ، قال في « الفتح » : (ولو غصب داراً وهدمها أو تلف النقض . . . ضمن قيمته وما نقص من العرصة وأجرة مثلها داراً إلى وقت الهدم على الأوجه ، ثم بعده أجرة مثلها عرصة إلى الرد)^(٢) ، قال عبد الرؤوف الزمزي : (ومعلوم : أنه إذا بقي - أي : النقض - ضمن مع ذلك ما بين قيمة الجدار قائماً ومقلوعاً) .

قوله : (ولو عدم مثل المثلّي حساً) أي : بأن لم يوجد أصلاً في جميع المحال .
قوله : (أو شرعاً ؛ كأن وجد بغين) أي : وإن قل وامتنع الغاصب من بذله .
قوله : (أو منعه منه مانع) أي : من الوصول إلى المثل ، أو لم يوجد بمكان الغصب ولا حواليه في مسافة القصر وإن وجد فوقها .
قوله : (ضمنه) أي : المغصوب المثلّي المفقود .

(١) فتوحات الوهاب (٣/٤٧٧-٤٧٨) .

(٢) فتح الجواد (١/٥٥٣) .

بأقصى قيم المحال التي نقله إليها . (وَالتَّلَفُ بِلَا غَضَبٍ) يُضْمَنُ (بِقِيَمَةِ مِثْلِهِ يَوْمَ التَّلَفِ) إِلَّا إِنْ حَصَلَ بِتَدْرِيجٍ وَسَرَايَةٍ . . فيجب أقصى قيمه تلك المدة ؛ لأنَّ الإِتْلَافَ أبلغُ من أَلِيدِ الْعَادِيَةِ (وَالْأَيْدِي الْمُمَرَّبَةُ)

قوله : (بأقصى قيم المحال التي نقله إليها) أي : من حين غضب إلى حين فقد للمثل ؛ لأن وجود المثل كبقاء العين في لزوم تسليمه فلزومه ذلك كما في المتقوم ، كذا في « شرح المنهج »^(١) ، قال الجمل : (أي : فما دام المثل موجوداً . . فالمثلي الذي هو المغصوب كأنه لم يتلف ، وكأنه إنما تلف عند فقد المثل ، وإذا كان كذلك . . فيعتبر أقصى القيم من يوم الغضب إلى يوم الفقد لا إلى يوم التلف ؛ لأن المغصوب بعد تلفه لا تعتبر الزيادة الحاصلة فيه ، هذا إيضاح مراده) انتهى^(٢) .

قوله : (والتلف بلا غضب) أي : لمضمون بغير غضب ، فدخل فيه المعار والمستام فيضمنان بقيمة يوم التلف .

قوله : (يضمن بقيمة مثله يوم التلف) أي : لا بأقصى القيم فإنه خاص بالغصب ؛ وذلك لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ، وبعد التلف هو معدوم ، وضمان الزائد في المغصوب إنما كان بالغصب ولم يوجد هنا ، قال في « الأسنى » : (وأما رده صلى الله تعالى عليه وسلم الإناء بدل الإناء الذي كسرتة عائشة رضي الله تعالى عنها^(٣) . . فمحمول على أن الإنائين كانا له صلى الله تعالى عليه وسلم ، وأراد بهذا الإصلاح والمعونة لا حقيقة التضمين)^(٤) ، وتعتبر لقيمة في موضع الإِتْلَاف ، إلا إذا كان لا يصلح كالمفاضة . . فيعتبر بأقرب البلاد .

قوله : (إلا إن حصل) أي : التلف .

قوله : (بتدريج وسراية) أي : كأن جنى على متقوم بيد مالكة أو من يخلفه في اليد وقيمته مئة وتلف بعد ذلك بسراية من تلك الجناية .

قوله : (فيجب أقصى قيمه تلك المدة) أي : وهو المئة في مثالنا .

قوله : (لأنَّ الإِتْلَافَ أبلغُ من اليد العادية) أي : فإذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية . . فلأن يعتبر في نفس الإِتْلَافَ أولى .

قوله : (والأيدي المترتبة) أي : بغير تزوج كما سيأتي .

(١) فتح الوهاب (٢٣٣/١) .

(٢) فتوحات الوهاب (٤٨٠/٣) .

(٣) أخرجه البخاري (٥٢٢٥) عن سيدنا أنس رضي الله عنه .

(٤) أسنى المطالب (٣٤٧/٢) .

عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ أَيْدِي ضَمَانٍ وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا الْغَضَبُ (فَيَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ عِنْدَ التَّلَفِ بَيْنَ تَغْرِيمِ الْغَاصِبِ وَكُلِّ مَنْ تَرْتَبَتْ يَدُهُ عَلَى يَدِهِ وَلَوْ نَحْوَ وَدِيعٍ وَإِنْ جَهِلَ ؛ لِأَنَّ الْجَهْلَ إِنَّمَا يُسْقِطُ الْإِثْمَ . نَعَمْ ؛ لَيْسَ لَهُ مَطَالِبَةٌ فِرْعَ الْغَاصِبِ بِزَائِدِ الْقِيَمَةِ الَّذِي كَانَ بِيَدِ الْغَاصِبِ ثُمَّ زَالَ قَبْلَ الْأَخْذِ ،

قوله : (على يد الغاصب) أي : الضامن وإن كانت في أصلها أمانة ؛ كوديعة ووكالة ؛ بأن وكله في الرد « تحفة » و « نهاية »^(١) ، ظاهره : وإن كان ذلك ؛ لعجزه عن الرد بنفسه ، وفيه نظر . ابن قاسم^(٢) .

قوله : (أيدي ضمان وإن جهل صاحبها الغصب) أي : أو أكره على الاستيلاء على المغصوب ، فإذا تلف في يده . . كان طريقاً في الضمان ، وقرار الضمان على المكروه له ؛ كما لو أكره غيره على إتلاف مال فأتلفه . . فإن كلاً طريق في الضمان والقرار على المكروه بالكسر . (ع ش) على « النهاية »^(٣) .

قوله : (فيتخير المالك عند التلف) أي : تلف المأخوذ بتلك اليد . قوله : (بين تغريم الغاصب وكل من ترتبت يده على يده) أي : سواء كان التلف عند الأول أم عند الثاني ؛ لأن المراد بـ (التغريم) : المطالبة ، وكل من وضع يده عليه مطالب به وإن كان قرار الضمان على المتلف .

قوله : (ولو نحو وديع) أي : من كل من يده أمانة . قوله : (وإن جهل) أي : كون ذلك مغصوباً . قوله : (لأن الجهل إنما يسقط الإثم) أي : لكونه من خطاب التكليف لا الضمان ؛ لأنه من خطاب الوضع الذي لا يفرق فيه العالم والجاهل مع أنه قد وضع يده على ملك غيره بغير إذنه ، واستثنى بعضهم من الجهل ما لو غصب عيناً ودفعها لقن الغير ليردها فتلفت في يده : فإن جهل العبد . . ضمن الغاصب فقط ، وإلا . . تعلق برقبته وغرم المالك أيهما شاء . قوله : (نعم ؛ ليس له) أي : المالك .

قوله : (مطالبة فرع الغاصب) المراد بـ (فرعه) : من ترتبت يده على يده المذكور لا ولده كما لا يخفى .

قوله : (بزائد القيمة الذي كان بيد الغاصب ثم زال قبل الأخذ) أي : بل يطالب الغاصب فقط .

(١) تحفة المحتاج (١٣/٦) نهاية المحتاج (١٥٥/٥) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٣/٦) .

(٣) حاشية الشبراملي (١٥٦-١٥٥/٥) .

وَيُسْتثنى مِنْ ذَلِكَ الْحَاكِمُ وَأَمِينُهُ إِذَا أَخَذَاهُ مِنَ الْغَاصِبِ ، وَكَذَا مَنْ أَنْتَزَعَهُ غَيْرُهُمَا ؛ لِيرَدَّهُ لِلْمَالِكِ إِنْ كَانَ الْغَاصِبُ حَرِيئاً أَوْ كَانَ رَقِيقاً لِلْمَالِكِ ، وَمَنْ أَخَذَ مِنَ الْغَاصِبِ بِنِكَاحٍ بَأَنِّ أَنْكَحَهُ الْمَغْضُوبَةَ جَاهِلاً .. .

- قوله : (ويستثنى من ذلك) أي : من كون الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان .
- قوله : (الحاكم وأمينه) أي : وذو الشركة من مشايخ البلدان ؛ كما أشعر إليه تعبير بعضهم بالحكام وأمثالهم .
- قوله : (إذا أخذه من الغاصب) أي : فلا يضمنان بوضع اليد على وجه الحفظ والمصلحة للمغضوب منه ، قال ابن قاسم : (هذا الكلام يفيد جواز أخذ الحاكم له لمصلحة ، وهو كذلك ، بل قد يجب الأخذ إذا علم الحاكم [أنه] إن لم يأخذه . ضاع على ملكه ولم يصل إليه ولا إلى بدله ؛ لإتلاف الغاصب له مع موته أو إعساره أو نحو ذلك) .
- قوله : (وكذا) أي : يستثنى من ذلك أيضاً .
- قوله : (من انتزعه غيرهما) أي : غير الحاكم وأمينه .
- قوله : (ليرده للمالك) أي : فتلف المغضوب في يد المنتزع قبل إمكان رده .
- قوله : (إن كان الغاصب حريئاً أو كان رقيقاً للمالك) أي : فلا ضمان على المنتزع ، قال الجمل : (تبعاً لأصله ، وهو : الغاصب الذي انتزع منه ؛ لأنه لا يضمن ؛ أي : لا يطالب ؛ لأن شرط ضمان الغاصب التزامه للأحكام ، ولأن عبد المالك لا يضمن لسيده ؛ إذ لا يجب للسيد على عبده شيء)^(١) ، وأما المنتزع من غير الحربي والرقيق . . فيضمن وإن كان معرضاً للضياع على ما قاله الشيخان في (باب اللقطة)^(٢) ، قال في « التحفة » : (لكن رجح السبكي الوجه القائل بعدم الضمان إذا كان معرضاً للضياع ، والغاصب بحيث تفوت مطالبته ظاهراً) انتهى^(٣) .
- قوله : (ومن أخذ من الغاصب بنكاح) أي : وكذا يستثنى من ذلك أيضاً من أخذ . . إلخ .
- قوله : (بأن أنكحه المغضوبة جاهلاً) أي : فتلفت عند الزوج ، قل الجمل : (ولعل صورة هذه المسألة : أن يكون مالکها وكله - أي : الغاصب قبل غصبه - في تزويجها فغصبها ثم زوجها ، فيقال : إن الزوج في هذه الحالة آخذ للمغضوب من الغاصب ومع ذلك لا ضمان عليه) تأمل^(٤) .

(١) فتوحات الوهاب (٣/٤٧٤) .

(٢) الشرح الكبير (٦/٣٤٤) ، روضة الطالبين (٥/٣٩٣-٣٩٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٦/١٤) .

(٤) فتوحات الوهاب (٣/٤٧٤) .

فَلَا يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَةَ مِنْ حَيْثُ هِيَ زَوْجَةٌ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ . نَعَمْ ؛ إِنْ تَلَفَتْ بِالْوَلَادَةِ . .
ضَمِنَهَا عَلَى مَا بَحْثُهُ الزَّرْكَشِيُّ ، ثُمَّ إِذَا غَرِمَ فِرْعُ الْغَاصِبِ فَإِنْ عَلِمَ . . اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا تَلَفَ
عِنْدَهُ ، فَلَا يَرْجَعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ ، وَإِنْ جَهِلَ . . رَجَعَ عَلَيْهِ

قوله : (فلا يضمن) أي : الزوج تلك المغصوبة .

قوله : (لأن الزوجة من حيث هي زوجة لا تدخل تحت اليد) أي : يد الزوج فكونها في حيال
الزوج ليس كحللول المال في اليد ، وعليه : فلا حاجة لاستثناء الزوج من وضع اليد إلا من حيث
الصورة فقط ، فليتأمل .

قوله : (نعم ؛ إن تلفت بالولادة) أي : من الزوج المذكور .

قوله : (ضمنها على ما بحثه الزركشي) أي : حيث قال : (وينبغي تخصيصه - أي : عدم
الضمان - بما إذا تلفت بغير الولادة ، وإلا . . فيضمنها ؛ كما لو أولد أمة غير بشبهة وماتت بالولادة . .
فإنه يضمنها على الأصح كما قاله الرافعي في « الرهن ») انتهى ، ومقتضى صنيعة هنا كـ « الفتح »
تضعيف هذا البحث^(١) ، لكنه جزم بذلك في « التحفة »^(٢) ، وكذلك اعتمده الرملي^(٣) .

قوله : (ثم إذا غرم فرع الغاصب) أي : من ترتب يده على يد الغاصب ، وهذا مرتبط بقوله :
(فيتخير المالك . .) إلخ .

قوله : (فإن علم) أي : الغصب .

قوله : (استقر عليه ضمان ما تلف عنده) أي : ويده غاصبة ؛ لوجود حد الغصب فيما ترتبت
عليه ، ولذا : يطالب بما يطالب به الغاصب .

نعم ؛ إن كانت القيمة في يد الأول أكثر . . فالمطالب بالزيادة هو الأول خاصة كما مر .

قوله : (فلا يرجع به) أي : بما ضمنه .

قوله : (على الغاصب) أي : الأول ، ويرجع عليه الأول إن غرم ، ولو أبرأ المالك الغاصب
الأول . . لا يبرأ الثاني ، إن أبرأ الثاني . . برى الأول أيضاً ؛ لأن الثاني هو الذي يتقرر عليه
الضمان والأول بمنزلة الضامن عنه والثاني كالأصيل وهو لا يبرأ ببراءة الضامن .

قوله : (وإن جهل) أي : الثاني الغصب .

قوله : (رجع عليه) أي : على الغاصب .

(١) فتح الجواد (١/٥٦٠) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/١٤) .

(٣) نهاية المحتاج (٥/١٥٦) .

بِمَا لَا يَضْمَنُهُ لَوْ أَخَذَهُ مِنْ مَالِكِهِ بِأَنْ كَانَتْ يَدُهُ فِي أَصْلِهَا يَدَ أَمَانَةٍ وَلَمْ يُفَوِّتْ ؛ كَمَرْتَهِنٍ ، وَمُسْتَأْجِرٍ ،
وَوَكِيلٍ ، وَوَدِيعٍ ؛ إِذَا أَلْقَرَأُ حِينَئِذٍ عَلَى الْغَاصِبِ دُونَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنَّ يَدَهُ نَائِبَةٌ عَنْ يَدِهِ ، وَذَلِكَ
يَقْتَضِي الرُّجُوعَ ؛ لِكُنْهٍ طَرِيقُهُ فَقَطْ ، وَلَا يَرْجَعُ بِمَا ضَمَنَهُ لَوْ أَخَذَهُ مِنْ مَالِكِهِ بِأَنْ كَانَتْ يَدُهُ فِي
الْأَصْلِ ضَامِنَةً ؛

قوله : (بما لا يضمنه لو أخذه من ماله) أي : المغصوب .

قوله : (بأن كانت يده في أصلها يد أمانة) أي : بلا اتهااب ، أما لو وهب الغاصب المغصوب
من شخص . . فقرار الضمان على الموهوب له على الأظهر ؛ لأنه وإن كانت يده ليست يد ضمان إلا
أنه أخذه للتملك . انتهى « مغني » ^(١) .

قوله : (ولم يفوت) خرج به : ما إذا أتلّفه كما سيأتي .

قوله : (كمرتهن ومستأجر ووكيل ووديع) أي : وعامل القراض .

قوله : (إذ القرار) أي : قرار الضمان ؛ تعليل لقوله : (رجع عليه) .

قوله : (حينئذ) أي : حين إذ كانت يده في الأصل يد أمانة .

قوله : (على الغاصب دونه) أي : الآخذ .

قوله : (لأنه دخل على أن يده نائبة عن يده) أي : الغاصب .

قوله : (وذلك يقتضي الرجوع لكنه طريقه فقط) أي : فإن غرم الغاصب . . لم يرجع عليه ،
وإن غرم هو . . رجع على الغاصب ، قال الماوردي : ولو اختلفا في العلم : فإن قال الغاصب : قد
قلت لك : إنه مغصوب . . صدق ، أو قال : علمت الغصب من غيري . . صدق الآخذ ، قال
الأسنوي : والوجه : تصديق الآخذ مطلقاً . انتهى جمل عن البرماوي ^(٢) .

قوله : (ولا يرجع بما ضمنه لو أخذه من ماله) عطف على قوله : (رجع عليه بما
لا يضمنه) .

قوله : (بأن كانت يده في الأصل ضامنة) أي : أو مشابهة بها كما مر في مسألة الهبة فإن
المعتمد : أنها يد أمانة وإن كان قرار الضمان على المتهب ؛ لأنه دخل في عقد الهبة على التملك ،
قال في « التحفة » : (ويد الالتقاط ولو للتملك قبله كيد الأمانة ، وبعده كيد الضمان) ^(٣) أي : فلو
ضاع المغصوب من الغاصب فالتقطه إنسان جاهل بحاله : فإن أخذه للحفظ أو مطلقاً . . فهو أمانة ،

(١) مغني المحتاج (٢/٣٦١) .

(٢) فتوحات الوهاب (٣/٤٧٥) .

(٣) تحفة المحتاج (٦/١٥) .

كالمشتري ، والمستقرض ، والمستعير ، أو أتلّفه وإن كانت يده أمانة . (وَلَا يَضْمَنُ الْخَمْرَ) لو أراقها ولو محترمة ؛ وهي : ما عُصِرَ بقصدِ الْخَلْتِ ، أو لا بقصدِ شيءٍ وإن كان لذيٍّ ؛

وكذا إن أخذه للتملك ولم يملك ، فإن تملكه . . صارت يده يد ضمان .

قوله : (كالمشتري والمستقرض والمستعير) أي : والمستام ، وإنما لم يرجعوا بما ضمنوا ؛ لأن قرار الضمان عليهم لكونهم دخلوا على الضمان ، بل وعلى التملك في بعضهم فلم يغرم الغاصب ، ثم الذي يضمنه المشتري ونحوه هو أقصى القيم من القبض إلى التلف ، كذا في « الفتح »^(١) ، وفيه : أنه لم يدخل على ضمان أقصى القيم ، إلا أن يقال : إنه داخل على الضمان في الجملة ، ثم رأيت بعضهم بحث أن ذلك قيمة يوم التلف لا الزائد بسبب أقصى القيم ، وهو وجيه ، فليتأمل .

قوله : (أو أتلّفه) أي : أو بأن أتلّفه الآخذ مستقلاً بإتلافه وهو من أهل الضمان .

قوله : (وإن كانت يده يد أمانة) أي : فقرار الضمان على المتلف سواء كانت يده يد ضمان أو يد أمانة ؛ لأن الإتلاف أقوى من إثبات اليد العادية ، ومثل الإتلاف : الحمل عليه لا لغرض الغاصب ؛ كأن قدم له ضعافاً فأكله ؛ لأنه المتلف وإليه عادت المنفعة ، ولذا لو قدمه لمالكه فأكله . . برىء الغاصب ، ولو كان المغصوب رقيقاً فقال الغاصب لمالكه : أعتقه فأعتقه جاهلاً . . نفذ العتق وبرىء الغاصب .

قوله : (ولا يضمن الخمر لو أراقها) أي : لا يضمنها كل أحد ؛ إذ ليس لها قيمة .

قوله : (ولو محترمة) أي : فلا فرق في عدم الضمان بين المحترمة وغيرها ، بخلاف الرد كما سيأتي .

قوله : (وهي ما عصر بقصد الخلية أو لا بقصد شيء) أي : من خلية ولا خمرية ، وغير المحترمة : ما عصر بقصد الخمرية ، قال في « النهاية » : (والانتخاذ يكون في الابتداء بشرط ألا يطرأ بعده قصد يفسده ، ولو طرأ قصد الخمرية . . زال الاحترام ، وعكسه بالعكس)^(٢) ، ثم هذا التقسيم كما قاله (ع ش) محله إذا كان لمسلم ، أما إذا كانت بيد كافر . . فهي محترمة عليه ولو عصرها بقصد الخمرية^(٣) .

قوله : (وإن كان لذي) أي : فلا فرق في عدم الضمان بين كونها لمسلم أم لكافر .

(١) فتح الجواد (١ / ٥٦١) .

(٢) نهاية المحتاج (٥ / ١٦٨) .

(٣) حاشية الشيرازي (٥ / ١٦٧) .

لِلأَمْرِ بِإِرَاقَةِ الْخَمْرِ . نَعَمْ ؛ الْمُحْتَرَمَةُ يَجِبُ رُدُّهَا وَلَوْ لِمُسْلِمٍ ، وَكَذًا غَيْرُهَا إِنْ كَانَتْ لِدِمِّي لَمْ يُظْهِرْهَا لِنَحْوِ بَيْعٍ أَوْ هَبَةٍ أَوْ شَرْبٍ أَوْ نَقْلِ ، وَكَالْخَمْرِ : الْخَنْزِيرُ ، وَآلَةُ الْلَّهْوِ ،

قوله : (لِلأَمْرِ بِإِرَاقَةِ الْخَمْرِ) دليل لعدم الضمان ، قال في « المغني » : (وأما إثناء الخمر ونحوه . . فيجوز كسره إذا لم يقدر على الإراقة إلا به ، أو كان الإثناء ضيق الرأس ولو اشتغل بإراقتها . . أدركه الفساق ومنعوه ، أو كان يضيع زمانه ويتعطل شغله ، ذكره الغزالي ، قال : وللولاة كسر آنية الخمر والنبذ زجراً وتأديباً دون الآحاد ، وقد فعل ذلك في زمنه صلى الله تعالى عليه وسلم ^(١) ، قال الأسنوي : وهو من النفائس المهمات ^(٢) .

قوله : (نعم ؛ المحترمة يجب ردها ولو لمسلم) أي : ما بقيت العين ؛ لأن له إمساكها لتصير خلاً ، أما غير المحترمة . . ففراق ولا ترد عليه ، ومن أظهر خمراً وزعم أنها محترمة . . لم يقبل منه ؛ وإلا . . لاتخذت الفساق ذلك وسيلة إلى اقتناء الخمر وإظهارها ، قال الأذري : إلا أن يعلم ورعه وتشتهر تقواه ؛ ويؤيده قول الإمام : لو شهدت مخايل بأنها محترمة . . لم يتعرض لها . « تحفة » ^(٣) .

قوله : (وكذا غيرها) أي : غير المحترمة .

قوله : (إن كانت لديمي) أي : فيجب ردها إليه ، ومثل الذي كما بحثه في « التحفة » : المعاهد والمستأمن ؛ لأنهم يقرون على الانتفاع بها ؛ بمعنى : أنهم لا يتعرض لهم فيه ^(٤) ، وظاهر كلامه : أن الخمر في يد الذي قد تكون غير محترمة ، وهو مخالف لما مر عن (ع ش) .
قوله : (لم يظهرها لنحو بيع أو هبة أو شرب أو نقل) أي : فإن أظهر . . لم يجب ردها إليه ، بل تراق عليه ؛ لأن في إظهار ذلك استهانة بالإسلام كإظهار كفرهم ، والإظهار بأن يطلع عليه من غير تجسس .

قوله : (وكالخمير الخنزير وآلة اللهو) أي : فيأتي فيهما التفصيل المذكور في الخمر ، قال في « التحفة » : (لهذا كله إذا كانوا بين أظهرنا وإن انفردوا بمحلة من البلد ، فإن انفردوا ببلد ؛ أي : بأن لم يخالطهم مسلم كما هو ظاهر . . لم يتعرض لهم) ^(٥) .

(١) أخرجه الترمذي (١٢٩٣) عن سيدنا أبي طلحة رضي الله عنه .

(٢) مغني المحتاج (٣٦٧/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٨/٦) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٧/٦) .

(٥) تحفة المحتاج (٢٨/٦) .

ويلزمه مؤنة رد ذلك . (و) لا يضمن (سائر النجاسات) لعدم المالية . نعم ؛ يجب رد ما يجوز اقتناؤه منها ؛ كالكلب النافع ، وسرجين

قوله : (ويلزمه) أي . الآخذ .

قوله : (مؤنة رد ذلك) أي : الخمر ونحوها ، هذا ما صححه الشيخان واعتمده غالب المتأخرين^(١) ، قال ابن السبكي : (إنه لا يأتي على أصول الشافعية ، بل على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : أن الكفار ليسوا مخاطبين بفروع الشريعة ، والذي يبني على ذلك إنما هو التولية بينه وبينه لا وجود لرد - أي : والمؤنة - ومن ثم ذهب إلى ذلك الشيخ الإمام) أي : والده ، وعلى الأول في « المغني » هو مستثنى من قاعدة : من لا يضمن العين لا يضمن ردها^(٢) .

قوله : (ولا يضمن سائر النجاسات) أي : كالدّم والميتة ، وكذا النيذ ؛ بناء على أنه مغاير للخمر ، قال في « التحفة » : (نعم ؛ لا ينبغي إراقته قبل استحكام غير حنفي فيه ؛ لئلا يرفع له فيغرمه قيمته ، ولا نظر هنا لكون من هو له يعتقد حله أو حرمة ؛ لأن ذلك إنما هو بالنسبة لوجوب الإنكار ؛ لأنه إنما يكون في مجمع عليه أو ما يعتقد الفاعل تحريمه)^(٣) .

قوله : (لعدم المالية) أي : في النجاسات ، فهو تعليل لعدم ضمانها ، ومن هنا علم عدم اتجاه قول جمع : إن الحشيشة ملحقة بالخمر في عدم الضمان ؛ لأن الفرق بينهما واضح ؛ فإن نجاسة الخمر منعت تمولها ، بخلاف الحشيشة فإنها طاهرة متقومة يصح بيعها وإن قلنا : إنها مسكرة ، ومن لازم صحة بيعها ضمانها .

نعم ؛ حمل ذلك في « التحفة » على ما إذا فوتها على مريد أكلها المحرم وانحصر تفويتها في إتلافها ، فليتأمل^(٤) .

قوله : (نعم ؛ يجب رد ما يجوز اقتناؤه منها) أي : النجاسات ، بخلاف ما لا يجوز اقتناؤه منها . لا يجب فيه ضمان ولا رد .

قوله : (كالكلب النافع) أي : للصيد أو للحراسة .

قوله : (وسرجين) أي : وجلد الميتة الذي يطهر بالدبغ والدهن والماء ؛ لإمكان الانتفاع بذلك .

(١) الشرح الكبير (٥٣٥ / ١١) ، روضة الطالبين (٣٢١ / ١٠) .

(٢) مغني المحتاج (٣٦٨ / ٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٧ / ٦) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٧ / ٦) .

(وَلَوْ خَلَطَ) الْغَاصِبُ أَوْ غَيْرُهُ وَهُوَ فِي يَدِهِ (الْمَغْضُوبَ بِغَيْرِهِ) وَأَمَكَنَ تَمْيِيزُهُ ؛ كَبُرَّ بِشَعِيرٍ ، وَذُرَّةٍ بِدَخْنٍ (. . لَزِمَهُ تَمْيِيزُهُ مِنْهُ وَإِنْ شَقَّ) لِلتَّمَكُّنِ مِنَ الرَّدِّ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا تَمْيِيزُ بَعْضِهِ . . وَجَبَ ، وَيُضْمَنُ أَرَشَ نَقْصٍ حَصَلَ ، فَإِنْ سَرَى الْخَلْطُ إِلَى التَّلْفِ . . جَاءَ فِيهِ مَا يَأْتِي فِي نَحْوِ الْهَرِيسَةِ

قوله : (ولو خلط الغاصب أو غيره) شمل ما لو وكله في بيع مال أو شراء شيء أو أودعه عنده فخلطه بمال نفسه . . فيلزمه تمييزه إن أمكن ، وإلا . . فيجب رد بدله ؛ لأنه كالتلف . (ع ش)^(١) .

قوله : (وهو في يده) أي : والمغضوب في يد الخالط ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (أو اختلط عنده)^(٢) ، قال الرشدي : (هذا إنما يأتي في الشق الأول ؛ وهو ما يمكن تمييزه ، أما في الشق الثاني . . فهو حيثئذ يكون مشتركاً . .) إلخ^(٣) ، وسيأتي ما فيه .

قوله : (المغضوب بغيره) أي : سواء كان الغير مال الغاصب أو غيره من مغضوب آخر أو غيره ، قال في « التحفة » : (وشمل كلامهم خلطه أو اختلاطه باختصاص ؛ كتراب بزل)^(٤) .

قوله : (وأمكن تمييزه) أي : المغضوب عن الغير كلاً أو بعضاً .

قوله : (كبر بشعير وذرة بدخن) أي : أو كحنطة بيضاء بحنطة حمراء ، قال في « التحفة » : (وكغزل سدي نسجه بلحمته لنفسه)^(٥) .

قوله : (لزمه تمييزه منه) أي : تمييز المغضوب من ذلك الغير ؛ فيكلف تمييز ذلك البر من ذلك الشعير وهكذا .

قوله : (وإن شق) أي : عليه التمييز وكثر مؤنته .

قوله : (للتمكن من الرد الواجب عليه) أي : وليرده كما أخذه .

قوله : (فإن لم يمكن إلا تمييز بعضه . . وجب) أي : تمييز ما أمكن لا في غيره .

قوله : (ويضمن أرش نقص حصل) أي : بسبب الخلط .

قوله : (فإن سرى الخلط إلى التلف) أي : تلف المغضوب .

قوله : (جاء فيه ما يأتي في نحو الهريسة) أي : وهو أنه يغرم البدل من مثل أو قيمة ،

(١) حاشية الشبراملسي (١٨٥/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٤٤/٦) ، نهاية المحتاج (١٨٥/٥) .

(٣) حاشية الرشدي (١٨٥/٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٤٤/٦) .

(٥) تحفة المحتاج (٤٤/٦) .

(فَإِنْ تَعَذَّرَ) كَحَبِّ ، أو دهن ، أو دراهمَ بجنسه ، أو بغيره وتعذَّرَ التَّمْيِيزُ (. . فَكَالتَّالِفِ) فيملكه الغاصبُ ، وليسَ مشتركاً ، سواءَ خلطه بمثله أم أجود أم أردأ وإن بقي له قيمةٌ ؛ لتعذُّرِ ردِّه ، . . .

والمعتمد : أن الغاصب يملكه ؛ إتماماً للتشبيه بالتالف .

قوله : (فإن تعذر) أي : التمييز .

قوله : (كحب أو دهن أو دراهم بجنسه) أي : خلط الحب بالحب والدهن بالدهن ، وكذا الدراهم بالدراهم ، خلافاً لابن الصباغ فجزم بأنها مشتركة ؛ لأنها متميزة في نفسها ، بخلاف الدهن ، ورد بأن الحبوب متميزة في نفسها ، وابن الصباغ موافق للجمهور فيها .

قوله : (أو بغيره وتعذر التمييز) أي : كأن خلط الزيت بالشيرج أو بالسمن .

قوله : (فكالتالف) أي : فحكمه كالمغصوب التالف فيغرم البدل من مثل في مثلي أو قيمة في

متقوم .

قوله : (فيملكه الغاصب) أي : إن قبل التملك ، وإلا ؛ كتراب أرض موقوفة خلطه بزبل^(١) وجعله آجراً . غرم مثله ورد الآجر للناظر ، ولا نظر لما فيه من الزبل ؛ لأنه اضمحل بالنار ، قيل : ليس الغاصب بأولي من المالك بملك الكل ، بل المالك أولى به ؛ لأنه غير متعد فعرقه أقوى ، بل لا عرق للغاصب ، ورد بأن المغصوب لما تعذر رد عينه لمالكة بسبب يقتضي شغل ذمة الغاصب به ؛ لتعديه مع تمكين المالك من أخذ بدله حالاً . جعل كالتالف ؛ للضرورة ، وذلك غير موجود في المالك ؛ إذ لا تعدي يقتضي ضمان ما للغاصب ، فلو ملك الكل . . لم يلزمه رد شيء ، وبفرض أنه يلزمه لا يلزمه الفور ، ففيه حيف أي حيف ، تأمل .

قوله : (وليس مشتركاً) أي : بين المالك والغاصب ، هذا هو المشهور في المذهب ، وقيل : إنه مشترك وللمغصوب منه قدر حقه من المخلوط ، وانتصر له السبكي ، بل شنع على القول الأول فقال : إنه مشكل بعيد عن القواعد من حيث إنه يصير التعدي وسيلة إلى ملك الأموال قهراً على أربابها ، وأطال الكلام فيه حتى قال : والذي أقوله وأعتقد وينشرح صدري له : أن القول بالهلاك باطل ؛ لأن فيه تملك الغاصب مال المغصوب منه بغير رضاه ، بل بمجرد تعديه بالخلط . . إلخ ، ويعلم جوابه مما مر ويأتي .

قوله : (سواء خلطه بمثله أم أجود أم أردأ) أي : من المغصوب ؛ لأن الضابط في ذلك عدم

إمكان التمييز وهو معنى شامل لكل ذلك ، ولذا : جرى أيضاً في المتقوم .

قوله : (وإن بقي له قيمة) أي : ومن باب أولى إذا لم يتبق له قيمة .

قوله : (لتعذر رده) أي : فلما تعذر رده أبداً . . أشبه التالف ، وإنما قلنا بالشركة في نظير ذلك

(١) في الأصل : (كزبل) ، ونعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

لَكِنَّ الْأَوْجَهَ : أَنَّهُ مُحْجُورٌ عَلَيْهِ فِيهِ حَتَّى يُعْطِيَ بَدْلَهُ ، وَلَهُ إِعْطَاؤُهُ مِمَّا خَلَطَهُ بِغَيْرِ الْأَرْدِ ، وَكَذَا مِمَّا خُلِطَ بِهِ إِنْ رَضِيَ وَلَا أَرَشَ

من المفلس ؛ لئلا يحتاج للمضاربة بالثمن وهو إضرار به ، وهنا الواجب المثل فلا إضرار ، ومن ثم : لو فرض فلس الغاصب أيضاً . . لم يبعد - كما في « المطلب » - جعل المغصوب منه أحق بالمختلط من غيره . انتهى من « التحفة » و « النهاية »^(١) .

قوله : (لكن الأوجه : أنه محجور عليه) أي : الغاصب فلا يتصرف في المخلوط المذكور .
قوله : (حتى يعطي بدله) أي : للمالك ؛ لأنه لو ملكه إياه بعوض . . لم يكن له التصرف فيه ، بل لمالكة حق الحبس حتى يرضى بدمته ؛ فكيف إذا ملكه بغير رضاه ؟! وبما تقرر أنه محجور عليه علم اندفاع ما أطال به السبكي والتشنيع على القول بملكه ، وإنما لم يرجحوا قول الشركة ؛ لأنه صار مشاعاً فيه تملك كل حق الآخر بغير إذن ؛ كالقول بتملك الغاصب ، وفيه منع تصرف المالك قبل البيع ، أو القسمة هنا أيضاً بسبب التعدي ، بل فوات حقه ؛ إذ قد يتلف ذلك فلا يجد مرجعاً ، بخلاف ما إذا علقنا حقه بالذمة . . فإنه يتصرف فيه بحوالة أو نحوها ، ومن ثم : صوب الزركشي قول الهلاك قال : (ويندفع المحذور بمنع الغاصب من التصرف فيه وعدم نفوذه منه حتى يعطي البديل كما تقرر) فتأمله .

قوله : (وله) أي : يجوز للغاصب .

قوله : (إعطاؤه) أي : المالك .

قوله : (مما خلطه بغير الأرد) أي : من مثله أو الأجود وإن لم يرض به المالك ، وله أيضاً أن يفرز قدر المغصوب ويتصرف في الباقي ، قال (ع ش) : (ولو تلف ما أفرزه للمغصوب منه قبل التصرف في الباقي أو بعده . . فالأقرب في الأول : أنه يتبين عدم الاعتداد بالإفراز ، حتى لا يجوز له التصرف فيما بقي إلا بعد إفراز قدر التالف ، وفي الثاني : أنه يتبين بطلان تصرفه في قدر المغصوب)^(٢) .

قوله : (وكذا مما خلط به) أي : وكذا يجوز له إعطاء المالك من المخلوط بالأرد .

قوله : (إن رضي) أي : المالك ، بخلاف ما إذا لم يرض به ؛ لأنه دون حقه .

قوله : (ولا أرش) أي : للمالك ، بل كان مسامحاً ببعض حقه ، وإلا . . أخذ مثل ماله ؛ لأن

(١) تحفة المحتاج (٤٥/٦) ، نهاية المحتاج (١٨٦/٥) .

(٢) حاشية الشبراملسي (١٨٦/٥) .

وَمَنْ غَصَبَ مِنْ اثْنَيْنِ شَيْئَيْنِ وَخَلَطَهُمَا كَذَلِكَ.. صَارَ كَالْتَّالِفِ ، فَيَمْلِكُهُمَا كَمَا ذُكِرَ ، أَمَّا خَلَطُ بغيرِ تَعَدٍّ . فَيُصَيِّرُهُمَا مُشْتَرَكَيْنِ . وَلَوْ جَنَى الْغَاصِبُ أَوْ غَيْرُهُ

الحق انتقل فيه إلى ذمة الغاصب ؛ لما تقرر : أن المختلط صار كالتالف .

قوله : (ومن غصب من اثنين شيئين) أي : زيتين أو نحوهما .

قوله : (واخلطهما كذلك) أي : خلطاً يتعذر معه التمييز .

قوله : (صار كالتالف فيملكهما كما ذكر) أي : فيما إذا خلطه بملكه ، وهذا ما صرح به ابن المقري واقتضاه كلام الشيخين^(١) ، لكن قال البلقيني : (المعروف عند الشافعية : أنه لا يملك شيئاً منه ولا يكون كالتالف) ، واعتمده الرملي والخطيب^(٢) ، وعليه : فالفرق بينه وبين ما إذا خلطه بمال نفسه : أن المغصوب تبع للمملوك له فاستتبع ، بخلاف مال الأجنيين لا أولوية لأحدهما على الآخر ؛ ويؤيد هذا ما نقل عن « فتاوى النووي » : أنه لو غصب دراهم من جماعة واخلطها ودفع لكل منهم قدر حقه .. جز له أخذه والتصرف فيه ، وإن دفع لأحدهم فقط .. صار مشتركاً بين الجميع ، تأمل^(٣) .

قوله : (أما خلط بغير تعد) أي : كأن اختلط الزيتان أو نحوهما بانصباب ونحوه ؛ كصب بهيمة أو برضا مالكيهما ، وهذا مقابل قول المتن : (ولو خلط الغاصب ...) إلخ .

قوله : (فيصيرهما) أي : المختلطتين .

قوله : (مشتركين) أي : بين المالكين بحسبهما اتفاقاً ، فإن استويا قيمة .. فبقدر كيلهما ، فإن كان أحدهما أردأ .. أجبر صاحبه على قبول المختلط ؛ لأن بعضه عين حقه وبعضه خير منه ، لا صاحب الأجود فلا يجبر على ذلك ، فإن أخذ منه .. فلا أرش له ؛ لعدم التعدي ، وإلا .. بيع المختلط وقسم الثمن بينهما ، فلو تنازعا في قدر المنصّب أو قيمته .. صدق صاحب المنصّب إليه ؛ لأن اليد له ، فلو اختلطا ولم تعلم يد لأحدهما ؛ كأن سال كل منهما إلى الآخر .. وقف الأمر إلى الصلح .

قوله : (ولو جنى الغاصب أو غيره) لعل المراد بـ (الغير) : نائب الغاصب أو من لا يستقر عليه الضمان ممن ترتبت يده عليه ، فلا ينافي ملك الغاصب . انتهى (سم) على « الغرر »^(٤) .

(١) انظر « أسنى المطالب » (٣٥٨/٢) .

(٢) نهاية المحتاج (١٨٧/٥) ، مغني المحتاج (٣٧٧/٢) .

(٣) فتاوى الإمام النووي (ص ١٤٣) .

(٤) حاشية ابن قاسم على الغرر (٨٩/٦) .

- وهو في يده - على المَغْصُوبِ جناية تَسْرِي إلى إهلاكه ؛ كجعلهِ الْبُرِّ حريسةً ، والدَّقِيقَ عَصيدةً ، وبِلَهْ برأ تَغَيَّرَ . . صارَ كالتَّالِفِ أيضاً ؛ لإشرافِهِ على التَّلَفِ ، ولو تركَهُ بحالِهِ . . لفسدَ فكأنَّهُ تلفٌ ، فيغرمُ بدلَهُ من مثِلٍ أو قيمةٍ . والمعتمدُ كما جزمَ به النَّوَوِيُّ في « نكته » : أَنَّهُ يَمْلِكُهُ

قوله : (وهو في يده) أي : والحال أن المَغْصُوبَ في يد الغاصب .

قوله : (على المَغْصُوبِ) متعلق بـ (جنى) .

قوله : (جناية تسري إلى إهلاكه) هذا يخرج نحو جعل قصب العسل سكرًا ؛ لأنه لا يسري إلى الهلاك فهو باق على ملك صاحبه [فيرده] مع أرش النقص [إن نقص] ، ومثله ما لو جعل اللحم قديداً . (ع ش)^(١) .

قوله : (كجعلهُ البر هريسة والدقيق عَصيدة) أي : وكصبه الماء في الزيت مع تعذر تخليصه .

قوله : (وبِلَه برأ تغير) أي : بسبب البل فإنه يفضي للفساد ، بخلاف تغير بطول مكثه فإن المالك يأخذه مع الأرش ، ولم يجعل كالتالف ؛ لأن التغير بغير جناية ، بخلاف الأول ، وعليه : لو صار المَغْصُوبُ هريسة بنفسه . . أخذه مع الأرش ، أفاده في « الأسنى »^(٢) .

قوله : (صار كالتالف أيضاً) أي : نظير ما مر في خلط المَغْصُوبِ بغيره بما فيه من الإشكال مع جوابه .

قوله : (لإشرافه على التلف ؛ ولو تركه بحالهِ . . لفسد فكأنَّهُ تلف) تعليل لصيرورة ذلك كالتالف .

قوله : (فيغرم بدلَهُ من مثِلٍ أو قيمة) أي : فلو تعذر رد البدل لغية المالك . . رفع الأمر إلى الحاكم يقبضه عن الغاصب ، أو تعذر ؛ لعدم القدرة عليه . . فيحتمل منعه من التصرف ؛ لأنه مقصر وإن تلف ، ويحتمل أن يرفع الأمر للحاكم ليبيعه ويحصل بثمنه إلى البدل أو بعضه وما بقي من البدل يبقى ديناً على الغاصب ، أفاده (ع ش)^(٣) ، ولعل هذا أقرب .

قوله : (والمعتمد كما جزم به النووي في « نكته ») أي : « نكته على التنبيه » ، وصححه ابن يونس والسبكي وإن كان المختار عنده ما سيأتي عن « الشرح الصغير » .

قوله : (أنه) أي : الغاصب .

قوله : (يملكه) أي : المَغْصُوبُ المذكور من الهريسة ونحوها ملكاً حقيقياً ، حتى لو حصلت زيادة بعد ذلك . . كانت له لا للمالك .

(١) حاشية الشبراملسي (١٧٥/٥) .

(٢) أسنى المطالب (٣٥١/٢) .

(٣) حاشية الشبراملسي (١٨٩/٥) .

إتماماً للتشبيه بالتالف ، وليس من ذلك مرض قن وإن أيس من علاجه . وفارق هذا : تنجيسه نحو زيت . فإنه يغرم بدله ، والمالك أحق بزيتيه ؛ لأنه صار اختصاصاً لا قيمة له ، فلا محذور في إعادته لمالكه ، بخلاف نحو الهريسة ؛ فإن لها قيمة ، فلو عادت له . لجمع بين البديل والمبديل

قوله : (إتماماً للتشبيه بالتالف) أي : لأنه غرم للمالك ما يقوم مقام ملكه من كل وجه ، وقيل : إن المالك يتخير بين جعله كالتالف وبين أخذه مع أرض عيب سار - أي : شأنه السراية - وهو أكثر من أرض عيب واقف ، واستحسنه الرافعي ، واختاره السبكي ؛ لثلا يقطع الظلم حقه ، وكما لو قتل شاة . يكون المالك أحق بجلبها ، قال في « النهاية » : (لكن فرق بينهما بأن المالية هنا باقية ، وفي مسألة جلد الشاة غير باقية ، ومعنى ملك الغاصب لما ذكر : أنه يملكه ملكاً مراعى ؛ بمعنى : أنه يمتنع عليه أن يتصرف فيه قبل غرم القيمة)^(١) .

قوله : (وليس من ذلك) أي : مما حكم بأنه كالتالف .

قوله : (مرض قن) أي : مغصوب .

قوله : (وإن أيس من علاجه) أي : المرض ؛ بأن كان سارياً كالسل والاستسقاء ؛ وذلك لاحتمال البرء ولو على بعد ، بخلاف عفن البر أو نحوه فإنه يفضي إلى الفساد قطعاً .

قوله : (وفارق هذا) أي : ما ذكر في نحو الهريسة حيث جعل كالتالف ويملكه الغاصب .

قوله : (تنجيسه نحو زيت) أي : تنجيس الغاصب زيت المالك .

قوله : (فإنه) أي : الغاصب .

قوله : (يغرم بدله) أي : الزيت ؛ لأنه صيره كالتالف .

قوله : (والمالك أحق بزيتيه) أي : ولا يملكه الغاصب ، فهذا محل الافتراق بين صورتين .

قوله : (لأنه صار اختصاصاً لا قيمة له) أي : الزيت المتنفس فهو خارج عن المالية بالتنجيس .

قوله : (فلا محذور في إعادته لمالكه) أي : لكونه لم يجمع بين البديل والمبديل .

قوله : (بخلاف نحو الهريسة) أي : والعصيدة والبر المبلول .

قوله : (فإن لها قيمة) أي : ولا تخرج عن المالية .

قوله : (فلو عادت له) أي : للمالك ؛ بأن حكم بأنه أحق بها .

قوله : (لجمع بين البديل والمبديل) أي : في ملك شخص واحد وهو محذور .

أَمَّا جَنَایَةُ لَا تَسْرِی لِلتَّلَفِ . . فعلى الغاصبِ أرشُ نقصِها مع ردِّ الباقي وإنْ ساوى القيمةَ ، أو زادَ علیها .

قوله : (أما جنایة لا تسري للتلف) أي : كأن طحن الحنطة أو ذبح شاة أو نحوهما ، وهذا مقابل قوله : (جنایة تسري إلى إهلاكه) .

قوله : (فعلى الغاصبِ أرشُ نقصِها) أي : الجنایة .

قوله : (مع رد الباقي) أي : وليس للمالك ترك المغصوب عند الغاصب وتغريم بدله ؛ لأنه عين ملكه .

قوله : (وإن ساوى القيمة) أي : ساوى الأرض القيمة ؛ كأن قطع يدي العبد .

قوله : (أو زاد عليها) أي : القيمة ؛ كأن قطع يدي العبد ورجليه ، ولو غصب زيتاً أو نحوه وأغلاه فنقصت عينه دون قيمته . . رده ؛ لبقاء العين ، ولزومه مثل الذهاب ؛ لأن له بدلاً مقدراً وهو المثل فأوجبناه وإن زادت القيمة بالإغلاء ؛ كما لو خصى العبد . . فإنه يضمن قيمته وإن زادت أضعافها ، وإن نقصت القيمة دون العين . . لزومه الأرض ؛ جبراً له ، وإن نقصت العين والقيمة معاً . . غرم الذهاب ورد الباقي مع أرشه إن كان نقص القيمة أكثر ، وإلا . . فيغرم الذهاب ويرد الباقي ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(باب الشُّفْعَة)

هِيَ لُغَةٌ : ضُمُّ نَصِيبٍ إِلَى نَصِيبٍ ، وَشُرْعاً : حَقُّ تَمَلُّكِ قَهْرِيٍّ ، يَثْبُتُ لِلشَّرِيكِ الْقَدِيمِ عَلَى الْوَاحِدِ فِيمَا مَلَكَ بَعْوِضٍ

[باب الشُّفْعَة]

قوله : (باب الشفعة) ذكره المصنف كغيره عقب (الغصب) لاتفاقهما على الأخذ قهراً ؛ فإن الغصب مأخوذ بالقهر عدواناً ، والشفعة مأخوذة بالقهر غير أنها مباحة فكأنها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهراً .
قوله : (هي) أي : الشفعة بضم الشين وإسكان الفاء ، وحكي ضمها ، وقيل : إنه غلط .
قوله : (لغة : ضم نصيب إلى نصيب) كذا في « الفتح »^(١) ، وعبارة « التحفة » : (هي لغة : من الشفع ضد الوتر ؛ فكأن الشفع يجعل نفسه أو نصيبه شفعاً بضم نصيب شريكه إليه ، أو من الشفاعة ؛ لأن الأخذ جادلة كان بها ، أو من الزيادة والتقوية [ويرجعان] لما قبلهما) انتهى^(٢) ، قال الكردي : (أي : يرجع الزيادة والشفاعة إلى الشفع ؛ لأن الشفاعة في اللغة مدلولها أيضاً : الزيادة فيصير مآل الكل إلى الزيادة) تأمل .

قوله : (وشرعاً : حق تملك) أي : استحقاق التملك وإن لم يوجد التملك .

قوله : (قهري) بالرفع والجر : نعت للمضاف أو للمضاف إليه .

قوله : (يثبت للشريك القديم) الجملة في محل رفع أو جر أيضاً .

قوله : (على الحادث) أي : الشريك الحادث ؛ كالمشتري مثلاً .

قوله : (فيما ملك بعوض) أي : بالعوض الذي تملك به ، قال جمع : (وأركانها ثلاثة :

أخذ ، ومأخوذ منه ، ومأخوذ ، وأما الصيغة . . فإنما تجب في التملك)^(٣) أي : فلا حاجة إلى عدها ركناً ، بل لا يصح . (ع ش)^(٤) ، وفيه : أنه لا بد في الطلب من الصيغة أيضاً ؛ كأن يقول عند الحاكم أو المأخوذ منه : أنا طالب للشفعة ؛ وهي الموصوفة بكونها على الفور ، وعليه : فيمكن كما قاله الجمل عد الأركان أربعة ، والرابع هو : الصيغة ، بل لا بد من ذلك ولا محيد عنه ؛ لأن الاستحقاق لا يتحقق ولا يثبت إلا بصيغة تدل عليه ، فما صنعوه فيه تساهل ، فليتأمل^(٥) .

(١) فتح الجواد (٥٦٢/١)

(٢) تحفة المحتاج (٥٣/٦) .

(٣) انظر « نهاية المحتاج » (١٩٥/٥) .

(٤) حاشية الشبراملسي (١٩٠/٥) .

(٥) فتوحات الوهاب (٤٠٩/٣) .

والمعنى فيها : دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق ؛ كالمصعد ، والمنور ، وأبالوعة في الحصة الصائرة إليه ، وليست تعبدية . (لا تثبت) الشفعة (إلا في أرض وما فيها)

قوله : (والمعنى فيها) أي : في ثبوت الشفعة قهراً .

قوله : (دفع ضرر مؤنة القسمة . . .) إلخ ، هذا هو الأصح ، وقيل : ضرر سوء المشاركة ، قال الرشدي : (وينبغي على القولين أنا إن قلنا بالأول . . لم تثبت الشفعة فيما لو قسم . . بطلت منفعته المقصودة ؛ كحمام ورحى صغيرين ، وهو الأصح ، وإن قلنا بالثاني . . ثبت ، فاندفع قول الشهاب « سم » : ما المانع من القول بهما ؟) انتهى^(١) ، لكن أجاب الشرواني بأن مراد (سم) بقوله : (بهما) : دفع الضررين معاً ، وهذا لا يوجد في نحو الحمام الصغير ، فليتأمل^(٢) .

قوله : (واستحداث المرافق) عطف على (مؤنة) أو على (القسمة) .

قوله : (كالمصعد والمنور وأبالوعة) أمثلة للمرافق .

قوله : (في الحصة) متعلق بـ (استحداث) .

قوله : (الصائرة إليه) أي : الشفيع بالقسمة لو طلبها المشتري ، ومن حق الراغب في البيع أن يخلص صاحبه من هذا الضرر بالبيع له .

قوله : (وليست تعبدية) أي : لأنها معقول المعنى كما تقرر ، والأصل فيها : أخبار ؛ كخبر البخاري عن جابر : (قضى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق . . فلا شفعة)^(٣) ، قال ابن دقيق العيد : (وفي قوله : « فيما لم يقسم » إشعار بأنه قابل للقسمة ؛ لإشعار الصيغة في المنفي بـ « لم » بقبولها ، فيقال للبصير : لم تبصر كذا ، وللأكمة : لا تبصر كذا ، وإن استعمل أحدهما في الآخر . . فذاك للاحتمال)^(٤) يعني : أن استعمال أحدهما مكان الآخر ليس لأن مدلوله مدلوله ، بل لاحتمال أحد اللفظين معنى الآخر بقريئة أو تسميحاً .

قوله : (لا تثبت الشفعة) هو أولى من تعبير بعضهم بـ (لا تجب) .

قوله : (إلا في أرض وما فيها . .) إلخ ؛ أي : فلا تثبت في منقول ؛ كالحيوان والثياب سواء بيعت وحدها أم مضمومة إلى أرض ؛ للحديث المار فإنه يخصها بما تدخله القسمة والحدود

(١) حاشية الرشدي (١٩٤/٥ - ١٩٥) .

(٢) حاشية الشرواني (٥٣/٦) .

(٣) صحيح البخاري (٢٢٥٧) .

(٤) إحكام الأحكام (ص ٧٤٠ - ٧٤١) .

مِنَ الْبِنَاءِ وَالْأَشْجَارِ) الرُّطْبَةُ وثمرتها الحادثة بعد البيع إن لم تُؤبَرَّ عند الأخذ ، والموجودة عنده التي تدخل بغير شرط وإن أُبرِث عند الأخذ وغيرهما المثبت فيها للدوام ؛

والطرق ، وهذا لا يكون في المنقولات ، ولأن المنقول لا يدوم ، بخلاف العقار فيتأبد ضرر المشاركة ، والشفعة تملك بالقهر فناسب مشروعيتها عند شدة الضرر ، والمراد : بالمنقول ابتداء ؛ لتخرج الدار إذا انهدمت بعد ثبوت الشفعة . . فإن نقضها يؤخذ بالشفعة . « مغني »^(١) .

قوله : (من البناء والأشجار) أي : تبعاً للأرض ، وخرج به : بيع بناء وشجر في أرض محتكرة ؛ إذ هو كالمنقول ، وصورتها كما قال (ع ش) على ما جرت به العادة الآن : أن يؤذن في البناء في أرض موقوفة أو مملوكة بأجرة مقدرة في كل سنة في مقابلة الأرض من غير تقدير مدة ؛ فهي كالخراج المضروب على الأرض كل سنة بكذا ، واغتفر ذلك ؛ للضرورة^(٢) .

قوله : (الرطبة) أي : فيشترط في الشجر كونه حياً ، وخرج به : ما لو باع أرضاً وفيها شجرة جافة شرطاً دخولها في البيع . . فلا تؤخذ بالشفعة ؛ لأنها لم تدخل في البيع عند الإطلاق ، بل بالشرط ، ويشترط أيضاً أن يقصد به الدوام ، فلو كان شتلاً يقصد نقله . . لم تثبت فيه .
قوله : (وثمرتها) أي : الأشجار .

قوله : (الحادثة بعد البيع إن لم تؤبر عند الأخذ) أي : لأنها قد تبعت الأصل في البيع فتتبعه في الأخذ ؛ كالبناء والغراس . بخلاف ما [إذا] أبرت عند الأخذ . . فلا يأخذها ؛ لانتفاء التبعية^(٣) .

قوله : (والموجودة عنده) أي : والثمرة الموجودة عند الأخذ .

قوله : (التي تدخل بغير شرط) أي : الداخلة في البيع شرعاً .

قوله : (وإن أبرت عند الأخذ) أي : بأن لم يتفق الأخذ لها حتى أبرت^(٤) ؛ وذلك لدخولها في مطلق البيع ، ولأن حقه تعلق بها وزيادتها بالتأبير كالزيادة الحاصلة في الشجرة ، قال في « الفتح » : (وما لا يدخل ؛ كالمؤبر المشروط دخوله . . يخرج بحصته من الثمن ويبقى إلى أوان الجذاذ)^(٥) .

قوله : (وغيرهما) بالجر : عطف على (البناء والأشجار) فالضمير راجع إليهما .

قوله : (المثبت فيها للدوام) أي : وهو التابع الداخل في مطلق البيع ، قال في « التحفة » :

(١) مغني المحتاج (٣٨٢/٢) .

(٢) حاشية الشيرازي (١٩٦/٥) .

(٣) انظر « مغني المحتاج » (٣٨٣/٢) .

(٤) في الأصل : (لها حق) ، ولعل الصواب ما أثبت ، انظر « أسنى المطالب » (٣٦٣/٢) .

(٥) فتح الجواد (٥٦٢/١) .

كتواعِ البناءِ كالرفوفِ المسمرة ، ومفتاحِ غلقِ مثبتٍ . ويُشترطُ في هذا كُلُّهُ أَنْ يَكُونَ (لِشْرِيكِهِ)
التابعِ حتَّى تُوخَذَ تبعاً للأرضِ ، وإنَّما تثبتُ أيضاً في الأرضِ وتوابعِها إنْ أُجْبِرَ الشَّرِيكُ فيها على
القِسْمَةِ ، إِذَا طَلَبَهَا شَرِيكُهُ ، وَهُوَ مَا يَنْتَفَعُ بِهِ بَعْدَهَا

(وكل منفصل توقف عليه نفع متصل على ما مر في البيع)^(١) .

قوله : (كتواعِ البناء) تمثيل للمثبت فيها للدوام .

قوله : (كالرفوف المسمرة ومفتاح غلق مثبت) أي : والأبواب والمسامير ، والدولاب الثابتة
وحجري الطاحون ، ونحوها ؛ كغطاء تنور .

قوله : (ويشترط في هذا كله) أي : ما ذكر من التواع .

قوله : (أن يكون لشريكه التابع) أي : فإن لم يكن التابع للشريك . . فلا تثبت الشفعة فيها كما
مر في بناء الأرض المحتكرة .

قوله : (حتَّى تُوخَذَ تبعاً للأرض) أي : لأن ذلك إنما يؤخذ بالشفعة بطريق التبع ، وشرط تبعية
البناء والشجر للأرض أيضاً : أن تباع الأشجار مع البياض الذي يتخللها أو مع البستان كله ، فلو باع
شخصاً من جداره وأساسه فقط . . أو من أشجار ومغارسها فقط . . فإنه لا شفعة في الأصح ؛ لأن
الأرض هنا تابعة .

نعم ؛ بحث السبكي : أنه لو كان الجدار عريضاً ؛ بحيث كانت أرضه هي المقصودة . . تثبت
الشفعة ؛ لأن الأرض هي المتبوعة حينئذ ، قال : ويحمل كلام الأصحاب على الغالب ، قال في
« النهاية » : (وهو مرادهم بلا شك)^(٢) .

قوله : (وإنما تثبت أيضاً في الأرض وتوابعها) أي : من البناء والأشجار وما ذكر معهما .

قوله : (إن أُجْبِرَ الشريك فيها) أي : الأرض وتوابعها .

قوله : (على القسمة إذا طلبها شريكه) أي : فتثبت الشفعة لمالك عشر الدار الصغيرة إن باع
مالك تسعة الأعشار نصيبه ؛ لأنه لو طلب مالك العشر القسمة . . أُجبر عليها ، بخلاف ما لو باع
مالك العشر نصيبه . . فإن الشفعة لا تثبت للآخر ؛ لأنه من القسمة ؛ إذ لا فائدة فيها فلا يجاب
طالبها .

قوله : (وهو) أي : ما أُجبر الشريك على القسمة بطلب شريكه .

قوله : (ما ينتفع به بعدها) أي : القسمة .

(١) تحفة المحتاج (٥٤/٦) .

(٢) نهاية المحتاج (١٩٦/٥) .

مِنْ الْوَجْهِ الَّذِي يَنْتَفِعُ بِهِ نَبَلَهَا ، وَلَا عِبْرَةَ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ مِنْ وَجْهِ آخَرَ ؛ لِلتَّفَاوُتِ الْعَظِيمِ بَيْنَ أَجْناسِ الْمَنَافِعِ . وَإِنْ بَقِيَ غَيْرُهَا كَحَمَّامٍ لَا يَنْقَسِمُ حَمَّامَيْنِ . . . فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ ثُبُوتِهَا فِي الْمَنْقَسِمِ دَفْعُ ضَرَرٍ مُؤَنَةِ الْقِسْمَةِ . . . إِلَى آخِرِ مَا مَرَّ ، وَهَذَا الضَّرَرُ وَإِنْ وَقَعَ قَبْلَ الْبَيْعِ لَوْ اقْتَسَمَا لَكُنْ كَانَ مِنْ حَقِّ طَالِبِهِ تَخْلِيصُ شَرِيكِهِ بِالْبَيْعِ ،

قوله : (من الوجه الذي ينتفع به قبلها) أي : في العادة ولم يكن هناك رد ؛ لئلا يرد عليه قسمة الرد فإنه لا إيجاب فيها مع أن المقسوم فيها يمكن الانتفاع به من الوجه المذكور .
قوله : (ولا عبرة بالانتفاع به من وجه آخر) ظاهره : وإن أعرض عن بقاءه ، وهو محتمل حيث دام على الصورة الأصلية ، وأما إذا غير عنها . . . فالمعتبر ما غير إليه على ما بحثه بعضهم ، فليراجع .

قوله : (للتفاوت العظيم بين أجناس المنافع) تعليل لقوله : (ولا عبرة . . .) إلخ ، قال في « حاشية الروض » : (علله الجرجاني بأننا لو أثبتناها فيه . . . لما رغب أحد في شرائه ؛ خوفاً من الشفيع ، ولا تمكن مقاسمة المالك فيه فيؤدي إلى ضرر البائع ، وسبقه إليه الشيخ أبو حامد ^(١)) .
قوله : (وإن بقي غيرها) الظاهر : أن هذه غاية ، ولكن انظر المغيا ، ثم رأيت عبارته في « الفتح » هنكذا : (أما ما لا يجبر فيه عليها ؛ وهو ما لا تبقى منفعته المعتادة بعد القسمة وإن بقي غيرها كحمام . . .) إلخ ^(٢) ، وهي ظاهرة ، فعمل هنا سقطاً ، فليتأمل وليحذر .
قوله : (كحمام لا ينقسم حمامين) أي : وكطاحونة لا تنقسم طاحونتين .
قوله : (فلا شفعة فيه) أي : لا تثبت الشفعة فيما لا يجبر الشريك على القسمة ؛ كالحمام المذكور .

قوله : (لأن علة ثبوتها في المنقسم) أي : ثبوت الشفعة فيما يقبل القسمة .
قوله : (دفع ضرر مؤنة القسمة . . . إلى آخر ما مر) أي : واستحداث المرافق ؛ كالمصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة إليه .
قوله : (وهذا الضرر وإن وقع قبل البيع لو اقتسما) أي : الشريكان .
قوله : (لكن كان من حق طالبه) أي : من حق الراغب في البيع .
قوله : (تخليص شريكه بالبيع) أي : أن يخلص صاحبه من ذلك الضرر بالبيع به ، قال (ع

(١) حواشي الرملي على شرح لروض (٣٦٤/٢) .

(٢) فتح الجواد (٥٦٢/١) .

فلَمَّا لم يفعل.. سَلَطَهُ الشَّارِعُ عَلَى الْأَخْذِ مِنْهُ قَهْرًا . (وَلَا تَثْبُتُ) الشَّفْعَةُ أَيْضًا (إِلَّا) لشريك في الأرض وتوابعها جرى سبب ملكه قبل جريان سبب ملك المأخوذ منه ،

ش : (قضيته : أنه لو عرض عليه البيع فأبى ثم باع لأجنبي .. ليس له - أي : الشريك - الأخذ بالشفعة ، وليس كذلك ، وما ذكره حكمة) انتهى^(١) ، وسيأتي جواب آخر .

قوله : (فلما لم يفعل) أي : طالب البيع تخلص صاحبه من ذلك الضرر .

قوله : (سلطه الشارع على الأخذ منه قهراً) أي : لما رواه مسلم عن جابر رضي الله تعالى عنه : (قضى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بالشفعة في كل شركة ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ؛ فإن شاء .. أخذ ، وإن شاء .. ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه .. فهو أحق به)^(٢) .

قوله : (ولا تثبت الشفعة أيضاً إلا لشريك في الأرض وتوابعها) أي : فلا تثبت لغير الشريك ؛ كأن مات عن دار يشركه فيها وارثه فبيعت حصته في دينه .. فلا يشفع الوارث ؛ لأن الدين لا يمنع الإرث فكان الوارث باع ملك نفسه ، وكالجار ولو ملاصقاً ؛ لخبر البخاري السابق^(٣) ، وهو صريح لا يقبل تأويلاً ، بخلاف أحاديث إثباتها للجار فإنه يمكن حمله على الشريك فتعين جمعاً بين الأحاديث ، ولكن لا ينقض حكم الحنفي بها ولو لشافعي ، بل يحل له الأخذ بها باطناً ، وقد لا تثبت الشفعة للشريك ، لكن لمعارض ؛ كولي غير أصل شريك لموليه باع شقص محجوره^(٤) فلا يشفع ؛ لأنه متهم بالمحاباة في الثمن ، وقد يشفع غير الشريك ؛ كأن يكون بينهما عرصه شركة فيدعي أجنبي نصيب أحدهما ويشهد له الآخر فتد شهادته ، ثم يبيع المشهود عليه نصيبه لآخر .. فللشاهد أن يشفعه ثم يلزمه رده للمشهد له باعترافه ، وهذا هو المسوغ لأخذه بها مع زعمه بطلان البيع . انتهى ملخصاً من « التحفة »^(٥) .

قوله : (جرى سبب ملكه) أي : الشريك .

قوله : (قبل جريان سبب ملك المأخوذ منه) أي : فلا بد من تأخر سبب ملك المأخوذ منه عن سبب ملك الآخذ ، فلو باع أحد شريكين نصيبه بشرط الخيار له فباع الآخر نصيبه في زمن الخيار بيع بئ .. فالشفعة للمشتري الأول إن [لم] يشفع بائعه ؛ لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الثاني ،

(١) حاشية الشيراملسي (١٩٧/٥ - ١٩٨) .

(٢) صحيح مسلم (١٣٤/١٦٠٨) .

(٣) صحيح البخاري (٢٢٥٧) عن سيدنا جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٤) في الأصل : (شقص موليه محجوره) ، ولعل الصواب ما أثبت كما في « تحفة المحتاج » (٥٨/٦) .

(٥) تحفة المحتاج (٥٨/٦) .

فلو اشتريا معاً.. لم تثبت لأحدهما ، وإلا (فيما ملك بمعاوضة) مخضة وهي ما تفسد بفساد
العوض (كبيع) أو غيرها ؛ ككناح (وغيره) كخلع ، بخلاف ما ملك بلا عوض ؛ كإرث وهبة بلا
ثواب ؛

ولا شفعة للثاني وإن تأخر عن ملكه ملك الأول ؛ لتأخر سبب ملكه عن سبب ملك الأول ، وكذا لو
باعا مرتباً بشرط الخيار لهما دون المشتري سواء أجازا معاً أم أحدهما قبل الآخر .

قوله : (فلو اشتريا) أي : اثنان عقاراً أو شقصاً منه .

قوله : (معاً) كان الأولى أن يقول : في وقت واحد ؛ ليشمل ما لو اشترياه في صفقتين .
« حاشية الروض »^(١) .

قوله : (لم تثبت لأحدهما) أي : المشتريين على الآخر ؛ لاستوائهما في وقت حصول
الملك ، قال في « حاشية الروض » : (لم يفرقوا بين أن يكون البيع لأحدهما بغير شرط الخيار
وللآخر بشرط الخيار ، ولا بين أن يسبق اللزوم لأحدهما أو لا ؛ لأن سبب الشفعة هو البيع وهما
مستويان فيه)^(٢) .

قوله : (وإلا.. فيما ملك بمعاوضة محضة) أي : ولا تثبت الشفعة أيضاً إلا فيما... إلخ ؛
أي : فيما ملكه الشريك الحادث بسبب المعاوضة .

قوله : (وهي) أي : المعاوضة المحضة .

قوله : (ما تفسد بفساد العوض ؛ كبيع) أي : وهبة بثواب ؛ بأن ذكر العاقدان ثواباً معلوماً ؛
لأنها حينئذ بيع .

قوله : (أو غيرها) أي : غير المحضة ؛ وهي التي لا تفسد بفساد العوض .

قوله : (ككناح وغيره ؛ كخلع) أي : وصلح دم ؛ وذلك للنص على البيع ، وقياساً عليه في
غيره بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر .

قوله : (بخلاف ما ملك بلا عوض) أي : فلا تثبت الشفعة فيه .

قوله : (كإرث وهبة بلا ثواب) أي : ووصية ، وكذا فسخ ، وصورته : أن يعلم بالبيع فلم
يأخذ ثم انفسخ ببيع أو إقالة أو فلس أو نحو ذلك ، أما إذا لم يعلم بالبيع إلا بعد صدور الفسخ...
فإن له رد الفسخ والأخذ بالعقد الأول ، أفاده في « المغني »^(٣) .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٦٥/٢) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٦٥/٢) .

(٣) مغني المحتاج (٣٨٥/٢) .

لأنَّ وضعَهَا على أن يأخذ الشَّفيعُ بمثل ما يأخذُ به المُتَمَلِّكُ . (وَلَا يُؤْخَذُ حَتَّى يَنْقَطِعَ خِيَارُ الْبَائِعِ) إذْ لَا شُفْعَةَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ الْمَأْخُودُ مِنْهُ وَإِنْ جَرَى سَبَبٌ مَلَكَهُ كَالْجُعْلِ قَبْلَ الْفِرَاقِ مِنَ الْعَمَلِ (وَلَا بُدَّ) فِي مَلِكِ الشَّفِيعِ مِنْ رُؤْيَيْهِ لِلشَّقْصِ ، وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي مِنْعُهُ مِنْهَا ،

قوله : (لأن وضعها) أي : الشفعة .

قوله : (على أن يأخذ الشفيع بمثل ما يأخذ به الممتلك) أي : وهو مفقود في المملوك بغير عوض ، ولأن الوارث مقهور فلم يضر بالشريك ، ولأن المتهب والموصى له تقلدا المنة من الواهب والموصي بقبولهما بتبرعهما ، فلو أخذ الشفيع . . لأخذ عن استحقاق وتسلسل فلا يكون متقلداً للمنة ، ولأن الفسخ وإن اشتمل على تراد العوضين . . فليس له أحكام المعاوضات ؛ بدليل : أنه يتعين فيه العوض الأول .

قوله : (ولا يؤخذ) أي : الشقص المشفوع المبيع .

قوله : (حتى ينقطع خيار البائع) أي : فيما لو ثبت الخيار له ولو مع المشتري ، فلو أخذ حينئذ . . وقف الأمر : فإن تم العقد . . تبين صحته ، وإلا . . لغا كما بحثه الأسنوي .

قوله : (إذ لا شفعة فيما لا يملكه المأخوذ منه) أي : وملك المبيع في زمن خيارهما موقوف ، وفي خيار البائع وحده ملك له لا للمشتري ، ولذا : لو كان الخيار للمشتري وحده . . أخذ حينئذ ، وبحث بعضهم انتقال الخيار الثابت للمشتري إلى الشفيع فيأخذ الملك بصفته ؛ لأنه قائم مقامه كما في الوارث مع المورث ، قال في « النهاية » : (والأوجه : خلافه - أي : فلا خيار للشفيع إذا أخذ في زمن خيار المشتري - وقياس الشفيع على الوارث ممنوع)^(١) أي : لأن الوارث خليفة مورثه ، ولا كذلك الشفيع .

قوله : (وإن جرى سبب ملكه) أي : المأخوذ منه .

قوله : (كالجعل قبل الفراغ من العمل) أي : لأنه حينئذ لم يملك ، بخلافه بعده ؛ لأنه ملك بمعاوضة .

قوله : (ولا بد في ملك الشفيع) أي : في حصول ملكه .

قوله : (من رؤيته للشقص) أي : فلا يملك الشفيع شقصاً لم يره كما في البيع ؛ فإن بيع الغائب باطل .

قوله : (وليس للمشتري منعه منها) أي : منع الشفيع من الرؤية ، بل يجب عليه تمكينه منها ،

وعلمه بالثمن (وَمِنْ لَفْظِ التَّمْلِكِ كَتَمَلَّكَتُ) بالشفعة ، أو أخذت بها ؛ إذ لو لم يأت بذلك .. كَانَ مِنْ بَابِ الْمَعَاطَاةِ . (وَيُشْتَرَطُ) في تمام ملكه (مَعَ ذَلِكَ) اللفظ (رِضَا الْمُشْتَرِي بِذِمَّتِهِ) أي : الممتلك - وهو الشفع - وإن لم يسلم الشقص له ؛ لأنَّ المَلِكَ في المعاوضات لا يتوقف على القبض

وأشعر اقتصاره على رؤية الشفع أنه لا يشترط أن يراه المأخوذ منه ، وهو كذلك ، قال الأسنوي : (وسببه : أنه قهري ، ويتصور ذلك في الشراء بالوكالة وفي الأخذ من الوارث) .

قوله : (وعلمه بالثمن) أي : ولا بد من علم الشفع بالثمن قدرأ وصفة ، فلو اشترى بجزاف وتلف الثمن قبل العلم بقدره .. امتنع الأخذ بالشفعة ؛ لتعذر الوقوف على الثمن ، والأخذ بالمجهول غير ممكن ، وهذا من الحيل المسقطة للشفعة وهي مكروهة ؛ لما فيها من إبقاء الضرر . قوله : (ومن لفظ التملك) أي : أو نحوه ؛ كإشارة الأخرس وكالكتابة .

قوله : (كتملك بالشفعة ، أو أخذت بها) أي : أو اخترت الأخذ بها ، وظاهر كلامهم : أن قوله : (بالشفعة) قيد فيها ، فلو حذفه .. لم يفد ؛ لإيهامه هنا . نعم ؛ بحث الشارح أنهما كنايةتان حيثن^(١) .

قوله : (إذ لو لم يأت بذلك) أي : بلفظ التملك .

قوله : (كان من باب المعاطاة) أي : وهو غير كاف كما مر في البيع ، وكذا : أنا مطالب بالشفعة ؛ لأن الملك لا يثبت بمجرد الرغبة فيه .

قوله : (ويشترط في تمام ملكه) أي : الشفع .

قوله : (مع ذلك اللفظ) أي : فلا يكفي مجرد اللفظ المذكور إلا بضميمة أحد هذه الأمور الثلاثة الآتية .

قوله : (رضا المشتري) أي : مشتري الشقص .

قوله : (بذمته ؛ أي : الممتلك وهو الشفع) أي : رضا المشتري بكون الثمن في ذمة الشفع .

قوله : (وإن لم يسلم الشقص له) أي : سواء أسلم الشقص له أم لا ، فالغاية للتعميم .

قوله : (لأن الملك في المعاوضات لا يتوقف على القبض) أي : والأخذ بالشفعة من جملة المعاوضات ، فلم يشترط في ثبوت الملك به قبض الشقص .

نَعَمْ ؛ إِنْ كَانَ هُنَاكَ رَبّاً ؛ كَبِيعَ شِقْصٍ مِنْ دَارٍ عَلَيْهَا صَفَائِحُ مِنْ ذَهَبٍ بِفَضَّةٍ أَوْ عَكْسِهِ . . . أَشْتَرِطَ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ ؛ حَذْراً مِنَ الرِّبَا (أَوْ حُكْمُ الْحَاكِمِ بِالشَّفْعَةِ) أَوْ الْمَلِكِ بَعْدَ إِثْبَاتِ حَقِّهِ فِيهَا عِنْدَهُ ،

قوله : (نعم ؛ إن كان هناك رباً) استدراك على كفاية الرضا بكون الثمن في ذمة الشفيع .
قوله : (كبيع شقص من دار عليها صفائح من ذهب) أي : ألواح من ذهب ، أو فيها ذهب يتحصل منه شيء بالعرض على النار .
قوله : (بفضة) متعلق بـ (بيع) ، وخرج به : ما لو كان الثمن ذهباً . . فلا يصح البيع ؛ لأنه من باب قاعدة مد عوجة .

قوله : (أو عكسه) أي : بيع شقص من دار عليها صفائح من فضة بذهب لا بفضة ؛ لما تقرر .
قوله : (اشترط القبض في المجلس) أي : التقابض فيه ، ولا يكفي حينئذ الرضا بكون الثمن في الذمة .

قوله : (حذراً من الربا) تعليل لاشتراط القبض في المجلس .

قوله : (أو حكم الحاكم بالشفعة) أي : بثبوت حق الشفعة لا بالملك ، قاله ابن الرفعة وغيره ، وهو مقتضى كلام الشيخين^(١) ، قال الشيخ عميرة : (هو في الحقيقة إيضاح لكلام الأصحاب وإفصاح عن مرادهم ؛ لأن مسمى الشفعة حق التملك ، فيصير معنى قولهم : « أو حكم الحاكم بالشفعة » : القضاء بحق التملك ، ووجهه من حيث المعنى : أن القضاء إنما يكون لشيء سابق ، والسابق حق التملك لا التملك فإنه لا يحصل بمجرد اللفظ) انتهى^(٢) ، وسيأتي على الأثر ما يدفعه .

قوله : (أو الملك) أي : أو حكم الحاكم بالملك ، وهذا ما قاله الخوارزمي ، قال في « حاشية الروض » : (وكلام الماوردي يساعده ، وهذا ظاهر ؛ فإنه لا معنى للحكم بثبوت الشفعة فإنها ثابتة بالشرع قبل الحكم)^(٣) ، وأيضاً : فالحكم بالملك يتضمن الحكم بالأخذ بها ، وبهذا يندفع ما مر عن الشيخ عميرة ، فليتأمل .

قوله : (بعد إثبات حقه) أي : الشفيع ، متعلق بـ (حكم الحاكم) .

قوله : (فيها) أي : الشفعة .

(١) انظر « الشرح الكبير » (٥٠٥/٥) ، و « روضة الطالبين » (٨٤/٥) .

(٢) حاشية عميرة (٤٥/٣) .

(٣) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٦٩/٢) .

ومطالبته وتملكه بها وإن لم يسلم الثمن (أو تسليم الثمن إليه) أي : إلى المأخوذ منه ، تسليماً
كتسليم المبيع ، حتى لو امتنع من تسليمه خلى بينه وبينه ،

قوله : (ومطالبته وتملكه بها) أي : بأن حضر مجلسه وأثبت حقه في الشفعة واختار التملك ؛
وذلك لأنه منزل منزلة المشتري حتى كأن العقد وقع له إلا أنه مخير بين الأخذ والترك ، فإذا طلب
وتأكد طلبه بالقضاء وجب أن يحكم له بالملك ؛ أي : يحكم له شرعاً بحصول الملك .

قوله : (وإن لم يسلم الثمن) أي : العوض وإن كان هناك ربا ؛ لأنه لا عقد هنا ، والربا إنما
يجري في العقود ، بخلافه في الأولى فإن رضاه بذمته مع تملكه عقد ، وخرج بـ (القضاء) : تملكه
عند الشهود فلا يفيدته وإن فقد القاضي كما اقتضاه إطلاقهم ، وفارق ما يأتي في هرب الجمال بأن
الضرر هناك أشد منه هنا ، وإذا ملكه بإحدى هذين - أي : رضا المشتري بذمته ، أو حكم الحاكم
بها لم يجبر المشتري على تسليم الشقص حتى يقبض عوضه وإن لم يسلم هو للبائع ، فإذا لم
يحضر الثمن وقت التملك أمهل ثلاثة أيام ، فإن لم يحضره فيها فسخ القاضي تملكه وإن كان
غائباً . انتهى « فتح الجواد »^(١) .

قوله : (أو تسليم الثمن) أي : عوض الثمن الذي بذله المشتري للبائع .
قوله : (إليه ؛ أي : إلى المأخوذ منه) أي : المشتري مثلاً ، قال الحلبي : (وقد توجد ، وقد
تتحقق بدون واحد من الثلاثة ؛ وذلك إذا أقر البائع بالبيع وقبض الثمن وأنكر المشتري الشراء فإن
للشفيع أن يقول : تملكك بالشفعة أو أخذت بالشفعة ، ولا يحتاج إلى واحد من هذه الثلاثة)
انتهى ، نقله الشيخ الجمل^(٢) .

قوله : (تسليماً كتسليم المبيع) أي : كما أنه لا بد في صحة الأخذ من قبض المشتري للمبيع
الذي هو الشقص ؛ إذ لو أخذ الشريك بالشفعة قبل قبض المشتري للشقص لكان أخذه شراء ما لم
يقبض ، وهو لا يصح ، لهذا هو المراد من العبارة ، كذا في « الجمل »^(٣) .

قوله : (حتى لو امتنع) أي : المشتري .

قوله : (من تسلمه) أي : عوض الثمن الذي بذله للبائع .

قوله : (خلى) أي : الشفيع .

قوله : (بينه وبينه) أي : بأن وضع العوض بين يديه بحيث يتمكن من قبضه سواء الثمن المعين

(١) فتح الجواد (١/٥٦٥) .

(٢) فتوحات الوهاب (٣/٥٠٤) .

(٣) فتوحات الوهاب (٣/٥٠٤) .

أَوْ رَفَعَ إِلَى الْقَاضِي ؛ لِيلْزِمَهُ التَّسْلِيمَ ، أَوْ يَقْبِضَ عَنْهُ . (وَيُؤْخَذُ الشَّقْصُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ) فِي الْمِثْلِيِّ ،
(أَوْ قِيمَتِهِ)

وما في الذمة ، وإنما كفت التخلية ؛ لأن المشتري مقصر في امتناعه ، قال (ع ش) : (فلو أنكر المشتري وضع الشفع الثمن بين يديه . . صدق المشتري ؛ لبقاء الثمن في جهة الشفع ، ويصدق الشفع في الوضع حتى لا يسقط حقه من الشفعة ؛ لأنها تثبت بالبيع والمشتري يريد إسقاطها بعدم مبادرة الشفع)^(١) .

قوله : (أَوْ رَفَعَ إِلَى الْقَاضِي) أي : أَوْ رَفَعَ الشَّفْعَ الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي ، قال في « حاشية الروض » : (ولو ظفر به في غير بلد البيع ؛ إذا لم يكن لحمله مؤنة)^(٢) .
قوله : (لِيلْزِمَهُ التَّسْلِيمَ) كذا في « الأسنى » و« الفتح »^(٣) ، ولعل الأصوب : التسلم ؛ أي : ليلزم القاضي المشتري تسلم العوض من الشفع ، ثم رأيت في « الغرر » عبر بالتسلم^(٤) ، والله الحمد .

قوله : (أَوْ يَقْبِضَ عَنْهُ) أي : أَوْ لِيَقْبِضَ الْقَاضِي الْعُوضَ نِيَابَةً عَنِ الْمَشْتَرِي ، فقبض القاضي عن المشتري كاف في ملك الشفع الشقص ، قال في « التحفة » : (وللشفيع إجبار المشتري على قبض الشقص حتى يأخذه منه ؛ لأن أخذه من يد البائع يفضي إلى سقوط الشفعة ؛ لأن به يفوت التسليم المستحق للمشتري فيبطل البيع وتسقط الشفعة)^(٥) ، وخالفه في النهاية فقال : (وله - أي : الشفع - أخذه من البائع ، ويقوم قبضه مقام قبض المشتري)^(٦) .

قوله : (وَيُؤْخَذُ الشَّقْصُ) أي : يأخذه الشفع ، وهذا بيان للعوض الذي يؤخذ به الشقص المشفوع .

قوله : (بِمِثْلِ الثَّمَنِ فِي الْمِثْلِيِّ) أي : لأنه أقرب إلى حقه ؛ ففي شقص بيع أو جعل رأس مال سلم أو صالح به عن دين . . يأخذه بمثل الثمن أو المسلم فيه أو الدين إن كانت مثلية وقدر كل منهما بمعيار الشرع ، وإلا ؛ كمئة رطل حنطة . . أخذ بمثلها وزناً على المعتمد .

قوله : (أَوْ قِيمَتِهِ) أي : أَوْ بِقِيَمَةِ الثَّمَنِ لَا بِقِيَمَةِ الشَّقْصِ ؛ لأن ما يبذله الشفع في مقابلة

(١) حاشية الشبراملسي (٢٠٣/٥) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٦٩/٢) .

(٣) أسنى المطالب (٣٦٩/٢) ، فتح الجواد (٥٦٦/١) .

(٤) الغرر البهية (١٢٥/٦) .

(٥) تحفة المحتاج (٦٤/٦) .

(٦) نهاية المحتاج (٢٠٣/٥) .

إِنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا ، أَوْ مِثْلِيًّا تَعَذَّرَ مِثْلُهُ (يَوْمَ الْبَيْعِ) لِأَنَّهُ وَقْتُ إِثْبَاتِ الْعَوْضِ ، وَاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ .
(وَإِذَا تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي فِي الشَّقْصِ) بَيْعِ ، أَوْ وَقْفِ ، أَوْ غَيْرِهِمَا . . . صَحَّ تَصَرُّفُهُ ؛ لِبَقَاءِ مَلِكِهِ ، ثُمَّ
إِنْ تَصَرَّفَ

ما بذله المشتري لا في مقابلة الشقص .

قوله : (إِنْ كَانَ مُتَقَوِّمًا) أي : كعبد وثوب ، قال في « الفتح » : (والأوجه : أن الشفيع لو ملك الثمن - أي : بعينه - قبل الأخذ . . . تعيين الأخذ به لا سيما المتقوم ؛ لأن العدول عنه إنما كان لتعذره)^(١) .

قوله : (أَوْ مِثْلِيًّا تَعَذَّرَ مِثْلُهُ) أي : بأن فقد حساً أو شرعاً ؛ كأن وجده بزيادة على قيمته أو منعه من الوصول إليه مانع ، نظير ما مر في (الغصب) .

قوله : (يَوْمَ الْبَيْعِ) أي : وقت البيع في الشقص المبيع ، وتعتبر فيما صالح به عن دم قيمة الدية يوم الصلح ، وفيما استأجر به أجرة المثل يوم الإجارة ، وفيما أصدقه أو خالغ زوجته عليه أو أمتع مطلقة مهر المثل أو متعته حال النكاح والخلع والإمتاع ، وهلكذا غيرها ، فلو عبر بـ (وقت العقد) . . . لكان أولى .

قوله : (لِأَنَّهُ) أي : وقت البيع ؛ تعليل لاعتبار القيمة فيه .

قوله : (وَقْتُ إِثْبَاتِ الْعَوْضِ وَاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ) أي : ولأن ما زاد في ملك البائع ولو اختلفا في قدر القيمة . . . صدق المأخوذ منه بيمينه ؛ لأنه أعلم بما باشره .
قوله : (وَإِذَا تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي فِي الشَّقْصِ) أي : المشفوع .

قوله : (بَيْعِ أَوْ وَقْفِ أَوْ غَيْرِهِمَا) أي : كهبة وإجارة ورهن ، قال في « حاشية الروض » :
(حكم جعله مسجداً حكم الوقف ، صرح به ابن الصباغ ، ويستفاد منه : جواز وقف حصة من دار مسجداً ، وبه أفتى ابن الصلاح ، وأنه لا فرق بين وقف التحرير وغيره وبيع الوقف . . . قبل نقضه للموقوف عليه)^(٢) .

قوله : (صَحَّ تَصَرُّفُهُ) أي : المشتري .

قوله : (لِبَقَاءِ مَلِكِهِ) أي : فهو واقع في ملكه وإن كان غير لازم بالنسبة لإمكان أخذ الشفيع منه ؛ فكان كتصرف الولد فيما وهبه له أبوه ، وكتصرف المرأة في الصداق قبل الدخول .
قوله : (ثُمَّ إِنْ تَصَرَّفَ) أي : المشتري في الشقص .

(١) فتح الجواد (١/٥٦٦) .

(٢) حواشي الرملي على شرح لروض (٢/٣٧٣) .

بِمَا لَا شَفْعَةَ فِيهِ - كَالْوَقْفِ - وَأَرَادَ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ.. (نُقِضَ تَصَرُّفُهُ) وَأَخَذَ بِالشَّفْعَةِ ، وَلَا يَحْتَاجُ لَتَقْدُمِ فسخ ؛ لِتَيَقُّنِ حَقِّهِ ؛ وَلَآئِنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْقُضْ .. لَبَطَلَ حَقُّهُ بِالْكَلِّيَّةِ . أَوْ بِمَا فِيهِ شَفْعَةٌ ، فَإِنْ شَاءَ .. نَقَضَهُ وَأَخَذَ مِنْهُ

قوله : (بما لا شفعة فيه) أي : بما لا يستحق به الشفعة لو وجد ابتداء .
قوله : (كالوقف) أي : والهبة والإجارة ، قال الماوردي : (وإذا أمضى الإجارة .. فالأجرة للمشتري)^(١) أي : لحصولها في ملكه .

قوله : (نقض تصرفه) أي : نقض الشفيع تصرف المشتري .
قوله : (وأخذ بالشفعة) أي : بأن يقول : أخذ بالشفعة ، وهذا عطف تفسير لما سيأتي على الأثر .
قوله : (ولا يحتاج) أي : الأخذ بالشفعة هنا .

قوله : (لتقدم فسخ) أي : فليس المراد بـ (النقض) : الفسخ ثم الأخذ بالشفعة ، بل الأخذ بها وإن لم يتقدمه فسخ ، وفارق ما في الفلس من أنه لا بد في الرجوع من تقدم الفسخ ولا يكون الأخذ فسخاً ؛ بأن قول الشفيع هنا : أخذته بالشفعة الذي لا بد منه مستلزم لفسخ ما صدر من المشتري فلم يحتج معه إلى لفظ (فسخت تصرفه) ولا (أبطلته) مثلاً ، وأما ثم .. فلم يقع من البائع بعد إثبات الرجوع له لفظ يستلزم فسخ العقد الذي للمفلس فاحتاج البائع إلى قوله : (فسخته) مثلاً ، تدبر .

قوله : (لتيقن حقه) أي : الشفيع ، وسبقه على ذلك التصرف فلا يبطل به .
قوله : (ولأنه لو لم ينقض) أي : لو لم يجز له نقض ذلك التصرف .

قوله : (لبطل حقه بالكلية) أي : لا إلى بدل ، وبهذا التعليل فارق بائع مفلس تصرف ومطلق من تصرف ، وإيضاحه : أن حق فسخ البائع يبطل بتصرف المشتري ، وحق رجوع المطلق قبل الدخول إلى نصف الصداق يبطل بتصرف المرأة فيه ؛ لأنهما لا يبطلان بالكلية ، بل ينتقلان إلى البدل ، ولا كذلك حق الشفيع .

قوله : (أو بما فيه شفعة) أي : أو تصرف المشتري في الشقص بما فيه شفعة ؛ كبيع وإصداق ، فهو معطوف على قوله : (بما لا شفعة فيه) .

قوله : (فإن شاء) أي : الشفيع .

قوله : (نقضه وأخذ منه) أي : من المشتري الأول .

(أَوْ أَخَذَهُ بِالْبَيْعِ الثَّانِي) أَوْ نَحْوِهِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ قَدْ يَقْلُ فِي أَحَدِهِمَا . (وَطَلَبُ الشُّفْعَةِ عَلَى الْفَوْرِ كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ)

قوله : (أَوْ أَخَذَهُ بِالْبَيْعِ الثَّانِي أَوْ نَحْوِهِ) أي : كالإصداق ، فالشفيع مخير بينهما ؛ لأن كلاهما صحيح .

قوله : (لِأَنَّ الثَّمَنَ قَدْ يَقْلُ فِي أَحَدِهِمَا) أي : البيعين مثلاً ، أَوْ مِنْ جِنْسٍ مَا هُوَ عَلَيْهِ أَيْسَرُ ، ثُمَّ إِنْ أَخَذَ مِنَ الْأَوَّلِ . . . يَبْطُلُ بِهِذَا الْأَخْذُ تَصَرُّفُهُ وَلَا يَتَّقِيدُ بِكَوْنِهِ فِيهِ شَفْعَةٌ ، وَإِنْ أَخَذَهُ مِنَ الثَّانِي . . . لَمْ يَبْطُلْ تَصَرُّفُ الْأَوَّلِ وَيَتَّقِيدُ الْأَخْذَ بِكَوْنِ التَّصَرُّفِ مَعَ الثَّانِي فِيهِ شَفْعَةٌ ، فَتَأْمَلُ . انْتَهَى مِنْ « الْجَمْل »^(١) .

قوله : (وَطَلَبُ الشَّفْعَةِ عَلَى الْفَوْرِ) أي : وَإِنْ تَأَخَّرَ التَّمْلِكُ ؛ لَخَبَرِ : « الشَّفْعَةُ كَحُلِّ الْعُقَالِ » رواه ابن ماجه والبخاري بسند ضعيف^(٢) ، قَالَ فِي « التَّحْفَةِ » : (وَكَأَنَّهُ اعْتَضَدَ عِنْدَهُمْ بِمَا صَبَّرَهُ حَسَنًا بَغِيرِهِ)^(٣) ، وَمَعْنَى الْحَدِيثِ : أَنَّهَا تَفُوتُ بِتَرْكِ الْمُبَادَرَةِ كَمَا يَفُوتُ الْبَعِيرُ الشَّرُودَ عِنْدَ حُلِّ الْعُقَالِ إِذَا لَمْ يِيَادِرْ إِلَيْهِ .

قوله : (كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ) أي : بِجَمَاعٍ أَنْ كَلًّا خِيَارٌ ثَبَتَ بِنَفْسِهِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ فَكَانَ فَوْرِيًّا ، وَاسْتَشْنَى بَعْضُهُمْ عَشْرَ صُورٍ لَا يَشْتَرُطُ فِيهَا الْفَوْرُ :

الأولى : لو شرط الخيار [للبائع] أو لهما . . فإنه لا يأخذ بالشفعة ما دام الخيار باقياً .

الثانية : له التأخير لانتظار إدراك الزرع وحصاده .

الثالثة : إذا أخبر بالبيع على غير ما وقع من زيادة في الثمن فترك ثم تبين خلافه . . فحقه باق .

الرابعة : إذا كان أحد الشفيعين غائباً . . فللحاضر انتظاره وتأخير الأخذ إلى حضوره .

الخامسة : إذا اشترى بمؤجل .

السادسة : لو قال : لم أعلم أن لي الشفعة وهو ممن يخفى عليه ذلك .

السابعة : لو قال العامي : لم أعلم أن الشفعة على الفور . . فإنه يقبل قوله .

الثامنة : لو كان الشقص الذي يأخذ بسببه مغصوباً . . فإن له انتظار رجوعه كما نص عليه .

التاسعة : شفعة ولي اليتيم له فإنها ليست على الفور .

(١) فتوحات الروهاب (٣/ ٥٠٩) .

(٢) سنن ابن ماجه (٢٥٠٠) ، مسند البخاري (٣٠/ ١٢) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٣) تحفة المحتاج (٦/ ٧٨) .

فِيمَا مَرَّ ، فَيُبَادِرُ الشَّفِيعُ أَوْ نَائِبُهُ وَجوباً بعدَ الْعِلْمِ بِالطَّلَبِ بَأَن يَقُولَ : أَنَا طَالِبٌ بِهَا وَنَحْوُهُ ، وَلَا يُكَلَّفُ عَدْواً ، وَلَا كُلَّ مَا لَا يُعَدُّ فِي الْعَادَةِ تَقْصِيراً ، وَلَا يُكَلَّفُ الْإِشْهَادَ عَلَى الطَّلَبِ

العاشرة : لو بلغه الشراء بضمن مجهول فأخبر ليعلم . . لا يبطل على ما قاله القاضي^(١) ، وبعض هذه الصور سيأتي في كلامه .

قوله : (فيما مر) أي : في جميع ما مر ثم ، إلا ما سيأتي في مسألة الإشهاد على الطلب .

قوله : (فيبادر الشفيع) أي : بنفسه .

قوله : (أو نائبه) أي : إن عجز بنفسه لا عند القدرة ؛ ليوافق ترتيب الرافعي وغيره فإنهم لم يذكروا التوكيل إلا عند العجز^(٢) ، كذا قيل ، لكن المعتمد : أن له التوكيل سواء كان قادراً متمكناً بنفسه من المبادرة أم لا ؛ لأن وكيل الإنسان قائم مقامه ، قال في « التحفة » : (ففرضهم التوكيل عند العجز إنما هو لتعيينه حيثنذ طريقاً)^(٣) .

قوله : (وجوباً بعد العلم) أي : عقب علمه بالبيع من غير فاصل ، والمراد بـ (العلم) : ما يشمل الظن ، وأما إذا لم يعلم . . فهو على شفيعته وإن مضى سنون .

قوله : (بالطلب) متعلق بـ (يبادر) .

قوله : (بأن يقول : أنا طالب بها ونحوه) تصوير للطلب ، وعبرة الجمل : (بأن يأخذ في السبب ؛ كالسير لمحل المشتري أو للحاكم ويقول : أنا طالب للشفعة ، أو : أخذت بالشفعة وإن كان لا يحصل الملك بمجرد ذلك ، بل حتى توجد الشروط المتقدمة في قوله : ويشترط مع ذلك رضى المشتري بذمته . .) إلخ^(٤) .

قوله : (ولا يكلف) أي : الشفيع بعد علمه .

قوله : (عدواً ولا كل ما لا يعد في العادة تقصيراً) أي : فالمعتبر في المبادرة العادة ؛ فما يعد فيها تقصيراً . . أسقط الشفعة ، وما لا ؛ كترك العدو ونحوه . . فلا ، نظير ما مر في الرد بالعيب ؛ لاتحاد البابين غالباً .

قوله : (ولا يكلف الإشهاد على الطلب) أي : كما في « الروضة » و« أصلها » هنا ، خلافاً لما في « تصحيح التنبيه » من وجوب الإشهاد عليه ، أفاده في « الغرر »^(٥) .

(١) انظر « مغني المحتاج » (٣٩٥/٢) .

(٢) الشرح الكبير (٥٣٩/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (٧٩/٦) .

(٤) فتوحات الوهاب (٥١١/٣) .

(٥) الغرر البهية (١٤٧/٦) .

إِذَا سَارَ حَالاً ، أَوْ وَكَّلَ فِيهِ ، بِخِلَافِ مَا مَرَّ فِي الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ تَسَلُّطَ الشَّفِيعِ أَقْوَى إِذْ لَهُ نَقْضُ التَّصَرُّفِ دُونَ الرَّادِّ بِالْعَيْبِ . وَيُلْزِمُهُ التَّوَكُّيلُ إِذَا كَانَ لَهُ عُذْرٌ يَطُولُ زَمَنُهُ بَطْلُهَا وَلَوْ بِأَجْرَةٍ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْمُبَادَرَةِ بِنَفْسِهِ أَوْ نَائِبِهِ وَعَنِ الِرْفَعِ إِلَى الْحَاكِمِ

قوله : (إذا سار حالاً) أي : عقيب علمه .

قوله : (أو وكل فيه) أي : في الطلب ، فلا تبطل الشفعة بتركه .

قوله : (بخلاف ما مر في المشتري) أي : إذا رد بالعيب . . فإنه يكلف بالإشهاد وإن سار حالاً أو وكل في الرد على ما مر ثم .

قوله : (لأن تسلط الشفيع) أي : على الأخذ بالشفعة .

قوله : (أقوى) أي : من تسلط المشتري على الرد بالعيب .

قوله : (إذ له نقض التصرف) أي : يجوز للشفيع نقض تصرف المشتري بالأخذ بالشفعة كما تقدم .

قوله : (دون الراد بالعيب) أي : وليس له فسخ تصرفات البائع في الثمن ، بل يأخذ بدله إذا خرج عن ملك البائع ، وأيضاً : فإن الإشهاد ثم على الفسخ وهو المقصود ، وهنا على الطلب وهو وسيلة للمقصود ، ويغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد ، وإن الرد رفع لملك الراد ، واستمراره على الملك مشعر بالرضا فاحتاج أن يشهد على الفسخ ليخرج عن ملكه ، والشفيع لا يستفيد دخول الشقص في ملكه ، وإنما يقصد به إظهار الطلب ، والسير يغني عن ذلك ، تأمل .

قوله : (ويلزمه) أي : الشفيع .

قوله : (التوكيل إذا كان له عذر يطول زمنه) أي : كمرض شديد وحبس ظلماً أو بغير حق وعجز عن الطلب بنفسه ، وغيبة عن بلد المشتري ؛ بحيث تعد غيبته حائلة بينه وبين مباشرة الطلب ، وخوف من عدو وإفراط حر أو برد ، قال (ع ش) : (ويختلف ذلك باختلاف أحوال الشفعاء ؛ فقد يكون عذراً في حق نحيف البدن مثلاً دون غيره)^(١) .

قوله : (بطلبها) أي : الشفعة إن قدر على التوكيل فيه ؛ لأنه الممكن .

قوله : (ولو بأجرة) أي : ولو كان التوكيل بأجرة حيث قدر عليها أو بمنة .

قوله : (فإن عجز عن المبادرة بنفسه أو نائبه) أي : الشفيع .

قوله : (وعن الرفع إلى الحاكم) أي : وعجز أيضاً عن الرفع إلى الحاكم ، قال في « الغرر » :

أشهد لزوماً على الطلب ، كما مر في الرد بالعيب . (فَلَوْ قَصَرَ) في شيء لزمه ممّا ذكر . . . بطل حقه) أي : أخذه بالشفعة (إلا أن يكون له عذر) كأن أحرّ الطلب لجهله بأن له الشفعة ، أو أنها على الفور وعذر ، أو إلى أكل ، أو صلاة

(فلا يكفي الإشهاد مع القدرة على ذلك)^(١) .

قوله : (أشهد لزوماً على الطلب) أي : أشهد عليه رجلين أو رجلاً وامرأتين ، فإن أشهد رجلاً ليحلف معه . . لم يكف ؛ لأن بعض القضاة لا يحكم بهما ، نقله ابن الرفعة عن الروياني ، ثم قال : ولا يبعد الاكتفاء بذلك على رأي .

قلت : وهو قياس ما قاله في الرد بالعيب ، وقال الزركشي : إنه الأقرب ، وبه جزم ابن كج في « التجريد » انتهى « أسنى »^(٢) .

قوله : (كما مر في الرد بالعيب) أي : فإن عجز عن الإشهاد . . لم يجب التلفظ بالتملك كما مر أيضاً ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (ولو قال : أشهدت فلاناً وفلاناً فأنكرا . . لم يسقط حقه)^(٣) أي : لاحتمال نسيان الشهود . (ع ش)^(٤) .

قوله : (فلو قصر في شيء لزمه) أي : الشفيع .

قوله : (مما ذكر) أي : البدار بنفسه أو نائبه والرفع إلى الحاكم ثم الإشهاد .

قوله : (بطل حقه ؛ أي : أخذه بالشفعة) أي : خلافاً لجمع فيما إذا ترك التوكيل مع الأجرة فقالوا : إنه لا يبطل حقه ، لكن المعتمد : بطلانه بترك التوكيل مطلقاً ، وإليه أشار بقوله فيما مر : (ولو بأجرة) .

قوله : (إلا أن يكون له عذر) أي : في تركه ذلك فلا يبطل حقه فيها ؛ لعدم تقصيره .

قوله : (كأن أحرّ الطلب ؛ لجهله بأن له الشفعة . .) إلخ ، تمثيل للعذر .

قوله : (أو أنها على الفور) أي : أو لجهله أن الشفعة على الفور وإن كان عالماً بثبوت الشفعة .

قوله : (وعذر) أي : في دعواه الجهل ؛ بأن كان ممن يخفى عليه ذلك .

قوله : (أو إلى أكل أو صلاة) أي : أو أحرّ الطلب إلى إتمام أكل أو إتمام صلاة . . فلا يكلف

(١) الغرر البهية (١٤٧/٦) .

(٢) أسنى المطالب (٣٧٧/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٧٩/٦) ، نهاية المحتاج (٢١٦/٥) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٢١٦/٥) .

وقضاء حاجة ، ولبس ، ودخول حمام ، أو لكون الوقت ليلاً ؛ أي : في غير محل ليلة كنهاره فيما يظهر . ولو لقيته في غير بلد الشقص فأخّر الأخذ إلى العود لبلده . . سقط حقه .

القطع ، قال في « التحفة » : (ولا يلزمه الاقتصار على أقل مجزء ، بل له الأكمل بحيث لا يعد متوانياً ، ويؤخذ منه : أن له ذلك في النافلة المطلقة بهذا القيد ، وكذا إن دخل الوقت ، وإن لم يشرع . . فله الشروع)^(١) .

قوله : (وقضاء حاجة ولبس ودخول حمام) أي : فلا يكلف قطعها أيضاً .
قوله : (أو لكون الوقت ليلاً) أي : فله التأخير حتى يصبح ، كذا عبروا به ، قال الزركشي : (ومقتضاه : مده إلى طلوع الفجر ، والأحسن : إلى ضوء النهار ، وبه عبر الهروي في « الإشراف ») .

قوله : (أي : في غير محل ليلة كنهاره فيما يظهر) أي : فإن كان بمحل ليلة كنهاره . . فلا يكون التأخير إلى النهار عذراً ؛ وذلك كأن جمعتهما محلة أو مسجد بعد الغروب أو في صلاة العشاء أو كان البائع أو الحاكم أو الشهود جيرانه وسهل عليه الاجتماع بأحدهم كما في النهار .
والحاصل : أنه متى تمكن من المسير ليلاً بلا كلفة . . لزمه كما قاله ابن الرفعة ، قال بعضهم : (وهو ظاهر ، والمعنى والفقه يقتضيه)^(٢) .

قوله : (ولو لقيه) أي : لقي الشفيع المشتري .

قوله : (في غير بلد الشقص) أي : غير محله .

قوله : (فأخّر الأخذ) أي : أخر الشفيع الأخذ بالشفعة .

قوله : (لبلده) أي : الشقص .

قوله : (سقط حقه) أي : من الشفعة ؛ لاستغنائه عن الحضور عند الشقص فهو مقصر بذلك ، ولو لقيه فسلم عليه أو قال : بارك الله في صفقتك . . لم يسقط حقه ، قال في « التحفة » : (لأن السلام قبل الكلام سنة ؛ أي : أصالة ، فلا يرد كونه لا يسن السلام عليه لنحو فسقه وبدعته ، ولأن له غرضاً صحيحاً في الدعاء بذلك ليأخذ صفقة مباركة)^(٣) والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) تحفة المحتاج (٧٩/٦) .

(٢) انظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (٣٧٧/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٨١/٦) .

(باب القراض)

هُوَ : مشتق من القرض وهو القِطْعُ ؛ لأنَّ المالك قطع للعامل قطعة من ماله ليتصرف فيها ،
وشرعاً : عقد يتضمن دفع المال الآتي لآخر ؛ ليتجر فيه ، والربح بينهما

[باب القراض]

قوله : (باب القراض) أي : في بيان أحكامه ، وهو كما قاله في « التحفة » : قياس المساقاة ؛
بجامع أن في كل العمل في شيء ببعض نمائه مع جهالة العوض ، ومن ثم اتحد في غالب الأحكام ،
وكان قضية ذلك : أن تقدم المساقاة عليه ، ولعل عكسهم لذلك ؛ لأنه أكثر وأشهر ، أو لأنها
كالدليل له ، وهو يذكر بعد المدلول ، وأيضاً : فإن المساقاة شبيهة بالإجارة في اللزوم والتأقيت
فوسطت بينهما [إشعاراً] بما فيها من الشبهين^(١) .

قوله : (هو مشتق من القرض ؛ وهو : القطع) يقال : قرضه يقرضه قرضاً من باب ضرب ؛
بمعنى : قطعه .

قوله : (لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله . . .) إلخ ؛ أي : وإنما سُمي المعنى الشرعي
بذلك ؛ لأن . . . إلخ . شرواني^(٢) .

قوله : (ليتصرف فيها) أي : قطعة المال ، وقطع أيضاً له قطعة من الربح ، ويسمى أيضاً :
مقارضة ، وهي : المساواة ؛ لتساويهما في الربح - أي : أصله - وإن تفاوتتا في مقداره ، أو لأن
المال من المالك والعمل من العامل فاستويا في أن من كل شيئاً ، وسبي أيضاً في لغة أهل العراق
بالمضاربة ؛ لأن كلاهما يضرب بسهم ؛ أي : يحاسب به ، ولما فيه غالباً من السفر المسمى
ضرباً ، قال تعالى : ﴿ وَإِذَا ضَرَيْتُمْ فِي الْأَرْضِ ﴾ أي : سافرتم فيها .

قوله : (وشرعاً) عطف على ما تضمنه قوله : (هو مشتق من القرض . . .) إلخ ؛ لأنه في
معنى قوله : (هو لغة : مشتق . . .) إلخ ، تأمل .

قوله : (عقد يتضمن دفع المال الآتي لآخر) أي : دفع المالك النقد لآخر ؛ وهو العامل .
قوله : (ليتجر فيه) أي : ليتصرف في المال بالتجارة .

قوله : (والربح بينهما) أي : ليكون الربح بينهما على حسب ما يشترطانه ، قال في
« المغني » : (وهو كما قيل : رخصة خارج عن قياس الإجازات كما خرجت المساقاة عن بيع ما لم

(١) تحفة المحتاج (٨٢/٦) .

(٢) حاشية الشرواني (٨١/٦) .

وشرط المالك : أهلية التوكيل ، والعامل : أهلية التوكّل ، فيجوز كون المالك - لا العامل - أعمى ، وللولي - ولو غير أب - أن يقارض لموليه

يخلق ، والحوالة عن بيع الدين بالدين ، والعرايا عن المزابنة ^(١) .

قوله : (وشرط المالك : أهلية التوكيل ، والعامل : أهلية التوكّل) أي : لأن ابتداء القراض يشبه الوكالة بالجعل ، وانتهائه يشبه الجعالة ؛ بناء على الأصح : أنه يملك حصته بالقسمة ، لكن المغلب فيه الشبه الأول ، ولذا قال في « البهجة » :

عقد القراض يشبه التوكيلاً فاشتراط الإيجاب والقبول ^(٢) فهو توكيل خاص ؛ لامتياز به بأركان وأحكام ، فأركانه خمسة : عاقدان ، وصيغة ، ورأس مال ، وعمل ، وربح ، والمراد من كون العمل والربح ركنين : أنه لا بد من ذكرهما لتوجد ماهية القراض ، تأمل .

قوله : (فيجوز كون المالك لا العامل أعمى) أي : لأنه أهل للتوكيل لا التوكّل كما مر ، قال ابن قاسم : (لكن ينبغي ألا تجوز مقارضته على معين كما يمتنع بيعه للمعين ، وألا يجوز إقباضه المعين فلا بد من توكيله) ، قال (ع ش) : (فيه نظر ؛ إذ القراض توكيل وهو لا يمتنع في المعين ؛ كقوله لو كيّله : بع هذا الثوب ، إلا أن يقال : إن ما هنا ليس توكيلاً محضاً ؛ بدليل اشتراط القبول هنا لفظاً) ^(٣) .

قوله : (وللولي) أي : ويجوز للولي ، فهو عطف على (كون المالك . . .) إلخ .
قوله : (ولو غير أب) أي : كالجد والوصي والحاكم وأمينه .

قوله : (أن يقارض لموليه) أي : من الصبي والمجنون والسفيه كما يوكل عنهم ، ولا بد من كون عامله ممن يجوز إيداع مال المولى عنده ، وللولي أن يشترط له أكثر من أجره المثل إن لم يجد كافياً غيره ، أما المحجور عليه . . فلا يصح أن يقارض ، ويجوز أن يكون عاملاً ، ويصح القراض من المريض ، ولا يحسب ما زاد على أجره المثل من الثلث ؛ إذ لا يحسب منه إلا ما يفوته من ماله ، والربح ليس بحاصل حتى يفوته ، وإنما هو شيء يتربح حصوله ، وإذا حصل . . فهو يتصرف العامل ، بخلاف مساقاته فإنه يحسب فيها من الثلث ، والفرق : أن الثمار فيها من عين المال بخلافه .

(١) مغني المحتاج (٣٩٩/٢) .

(٢) بهجة الحاوي (ص ١١٩) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢٢٩/٥) .



(وَهُوَ : أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالًا ؛ لِيَتَجَرَ فِيهِ وَالرَّيْحُ مُشْتَرَكٌ .)

قوله : (وهو) أي : القراض شرعاً ؛ كالمقارضة والمضاربة .

قوله : (أن يدفع إليه) أي : يدفع المالك إلى العامل مالا ، وخرج به (يدفع) : مقارضته على منفعة ؛ كسكنى دار ، أو على دين على العامل أو غيره ، وقوله : بع هذا ، وقارضتك على ثمنه فلا يصح .

قوله : (مالا ليتجر فيه) أي : ليتجر العامل في المال .

قوله : (والربح مشترك) أي : بينهما ، وخرج به : الوكيل والعبد المأذون ، وتبع المصنف في هذا التعريف النووي في « المنهاج »^(١) ، وقد نازعه السبكي فيه بأن القراض : هو العقد المقتضي للدفع لا نفس الدفع ، ولذا عدل عنه الشارح إلى ما مر في تعريفه ، وشيخ الإسلام في « شرح المنهج » إلى قوله : (القراض : توكيل مالك بجعل ماله بيد آخر...) إلخ ، ثم قال : (وهذا أولى من قول « الأصل » : القراض : أن يدفع إليه مالا...) إلخ^(٢) ، وحاولا في « التحفة » و« النهاية » تطبيق عبارة « المنهاج » على ذلك حيث قالوا : (القراض والمقارضة ؛ أي : موضوعهما الشرعي : هو العقد المشتمل على توكيل المالك لآخر ، وعلى أن يدفع إليه مالا...) إلخ^(٣) .

قال جمع : والأصل فيه : الإجماع والقياس ، واستدل له القاضي أبو الطيب بآية : ﴿ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾ ، والماوردي بآية : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ ، وبمضاربه صلى الله تعالى عليه وسلم قبل النبوة لخديجة بمالها إلى الشام^(٤) .

قال في « حاشية الفتح » : (إنه لم يتضح لهذا الباب دليل سالم من نزاع ، وحكايتهم الإجماع أشار الزركشي إلى تضعيفها بقوله : وادعى الغزالي وغيره الإجماع على جوازه... إلى أن قال - أي : الشارح - : واستدل له الشافعي رضي الله تعالى عنه بأن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه روى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه أعطى مال يتيم مضاربة^(٥) ، واستدل له بعض بآيات لا تعرض فيها لذكره ، بل لما يحتمله وغيره ، وليس هذا من الدليل بشيء ، وإنما هو مجرد تأنس له بذلك) انتهى^(٦) .

(١) منهاج الطالبين (ص ٣٠٠) .

(٢) فتح الوهاب (١ / ٢٤٠) .

(٣) تحفة المحتاج (٦ / ٨٢) ، نهاية المحتاج (٥ / ٢٢٠) .

(٤) الحاوي الكبير (٩ / ١٠٢) .

(٥) الأم (٨ / ٢٤٣) .

(٦) حاشية فتح الجواد (١ / ٥٧٠ - ٥٧١) .

فَلَا يَجُوزُ) ولا يصحُّ الْقَرَضُ (عَلَى عَرْضٍ) وفلوسٍ وحليٍّ وتبرٍ ؛ لِأَنَّ فِي الْقَرَضِ إِغْرَاراً ، وَإِنَّمَا جُوزَ لِلْحَاجَةِ ، فَأَخْتَصَّ بِمَا يَرُوجُ بِكُلِّ حَالٍ . وَمَنْ ثَمَّ جَازَ بِمَغْشُوشٍ يَرُوجُ رَوَاجُ الْخَالِصِ فِي كُلِّ مَكَانٍ . (وَلَا عَلَى مَالٍ مَجْهُولٍ) جنساً وقدرأً وصفةً

قوله : (فلا يجوز ولا يصح القراض على عرض) أي : مثلي أو متقوم ، وهذا إشارة إلى شروط الركن الثالث الذي هو رأس المال ؛ فيشترط كونه نقدأً خالصاً معلوماً معيناً مسلماً للعامل ، فلا يصح إلا على الدنانير والدرهم .

قوله : (وفلوس وحلي) أي : وسبائك ؛ لاختلاف قيمها . « تحفة »^(١) .

قوله : (وتبر) : هو ذهب أو فضة لم يضرب سواء القراضة وغيرها ، وتسمية الفضة تبرأً تغليب ؛ وإلا . . فقد قال الجوهري : (لا يقال : تبر إلا للذهب)^(٢) .

قوله : (لأن في القراض إغراراً) أي : إذ العمل فيه غير مضبوط ، والربح غير موثوق به .

قوله : (وإنما جوز للحاجة) أي : من حيث إن مالك المال قد لا يحسن الاتجار به أو لا يتفرغ له ، ومن يحسن ذلك . . قد لا يملك المال .

قوله : (فاختص بما يروج بكل حال) أي : وتسهل التجارة به ، قال في « التحفة » : (وهو النقد المضروب ؛ لأنه ثمن الأشياء ، ويجوز عليه وإن أبطله السلطان كما بحثه ابن الرفعة ، ونظر فيه الأذرعى إذا عز وجوده أو خيفت عزته عند المعاملة ، ويجاب بأن الغالب مع ذلك تيسر الاستبدال به) انتهى^(٣) ، ونحوه في « النهاية »^(٤) .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل اختصاصه بالرائج في كل حال .

قوله : (جاز بمغشوش يروج رواج الخالص في كل مكان) هذا ما اقتضاه كلام الشيخين في الشركة ، واختاره السبكي حيث قال : (يقوى عندي أن أفتي بالجواز وأن أحكم به إن شاء الله تعالى) ، قال في « الغرر » : (على أن الجرجاني قال بصحة القراض في المغشوش المستهلك غشه ، وهو قوي وإن كان المشهور خلافه)^(٥) .

قوله : (ولا على مال مجهول جنساً وقدرأً وصفة) لعل الفرق بين هذا والشركة حيث صحت مع الجهل بالمالين حيث كان يمكن علمهما بعد العقد : أن المقصود من القراض الربح ، فاشتراط العلم

(١) تحفة المحتاج (٨٣/٦) .

(٢) الصحاح (٥٢١/٢) ، مدّة : (تبر) .

(٣) تحفة المحتاج (٨٣/٦) .

(٤) نهاية المحتاج (٢٢١/٥) .

(٥) الغرر البهية (١٥٦/٦) .

وإن راجَ ؛ للجهل بالربح ، وبه فارق رأس مال السلم . (وَلَا) على اشتراط (كَوْنِ الْمَالِ فِي يَدِ الْمَالِكِ أَوْ عَبْدِهِ) أو مشرفٍ نصبه ، وكذا لو شرط مشاركته (فِي الْعَمَلِ) - لا على جهة الإعانة - أو مراجعته في التصرف ؛

بقدر المال ليعلم العامل ما يخصه من الربح ، بخلاف الشركة فيكفي العلم بما يخص كلاهما عند القسمة . (ع ش)^(١) .

قوله : (وإن راج) أي : المجهول في كل محل أو أمكن علمه حالاً .

قوله : (للجهل بالربح) تعليل لعدم الصحة بالمجهول .

قوله : (وبه) أي : بهذا التعليل .

قوله : (فارق رأس مال السلم) أي : حيث يصح أنه يكون مجهولاً ، وعبرة « الغرر » و « الأسنى » : (ويفارق رأس مال السلم بأن القراض عُقْدٌ ليفسخ ويميز بين رأس المال والربح ، بخلاف السلم) انتهى^(٢) ، وهي أوضح .

قوله : (ولا على اشتراط كون المال في يد المالك ...) إلخ ، اعلم : أن من شروط رأس المال كما مر : كونه مسلماً للعامل ، ولكن ليس المراد : اشتراط تسليم المال إليه حال العقد أو في مجلسه ، وإنما المراد : أن يستقل العامل باليد عليه والتصرف فيه ، فلا يصح الإتيان بما يتنافى ذلك ؛ وهو شرط كونه في يد المالك كما ذكره .

قوله : (أو عبده أو مشرف نصبه) أي : ليوفي منه ثمن ما اشتراه العامل .

قوله : (وكذا لو شرط مشاركته في العمل) أي : ولا يصح أيضاً ؛ لفوات استقلال العامل الذي هو شرط في القراض .

قوله : (لا على جهة الإعانة) أي : فلو شرط عمل عبده مثلاً معه معيناً له لا شريكاً له في الرأي جاز ؛ كشرط إعطاء بهيمته له ليحمل عليها ؛ لأن عبده وبهيته مال فجعل عملهما تبعاً ، بخلاف المالك وبخلاف عبده إذا جعله شريكاً في الرأي ؛ لما سيأتي ، ويشترط كون العبد والبهيمة معلومين بالرؤية أو الوصف ، ولو شرط لعبده جزءاً من الربح صح وإن لم يشترط عمله معه ؛ لرجوع ما شرطه لعبده إليه .

قوله : (أو مراجعته في التصرف) أي : وكذا لا يصح لو شرط مراجعته ؛ أي : المالك ونحوه في التصرف ، فهو عطف على (مشاركته في العمل) .

(١) حاشية الشيرازي (٢٢١/٥ - ٢٢٢) .

(٢) أسنى المطالب (٣٨١/٢) ، الغرر البهية (١٥٦/٦) .

لأنَّ ذلك ينافي موضوعَ العقدِ مِنْ كونهِ مستقلاً بالتجارة وتوابعها ، إذ قد لا يجدهُ ، أو لا يوافقهُ فيفوتُ التصرفُ الربحي . (وَلَا عَلَى غَيْرِ التَّجَارَةِ ؛ كَنَسْجِ غَزَلٍ ، وَطَحْنِ حِنْطَةٍ يَشْتَرِيهَا) وكشراء نخلي لثمرته ،

قوله : (لأن ذلك) أي : من الصور الثلاث : شرط كون المال بيد نحو المالك ، وشرط المشاركة ، وشرط المراجعة .

قوله : (ينافي موضوع العقد) أي : عقد القراض .

قوله : (من كونه مستقلاً بالتجارة وتوابعها) أي : مما يعتاد أن يتولاه العامل بنفسه كما سيأتي .

قوله : (إذ قد لا يجده) أي : المالك مثلاً عند الحاجة إليه ، والأولى أن يقول : (ولأنه قد لا يجده) ليكون تعليلاً آخر للصور ؛ إذ لا يصلح هذا تعليلاً للتعليل الذي ذكره ، ثم رأيت في « التحفة » جعل هذا تعليلاً للصورة الأولى ، والأول تعليلاً للثانية^(١) .

قوله : (أو لا يوافقه) أي : أو قد لا يوافقه في رأيه عند مراجعته ؛ فهذا تعليل للصورة الثالثة .

قوله : (فيفوت التصرف الربحي) أي : مع أن المقصود في القراض هو الربح ، ومر : أن من شروط رأس المال كونه معيناً ، فلا يصح على غير معين ؛ كإحدى الصرتين ، قال في « شرح المنهج » : (نعم ؛ لو قارضه على نقد في ذمته ثم عينه في المجلس . . صح ، خلافاً للبغوي)^(٢) .

قوله : (ولا على غير التجارة . . .) إلخ ، هذا إشارة إلى الركن الثالث ، وهو : العمل ، وشرطه : كونه تجارة وتوابعها غير مضيقه بالتعيين ولا مؤقتة بوقت ، فخرج به (التجارة) : استخراج العامل الربح باحتراف كما ذكره هنا ، وسيأتي في الشرح الكلام على التضييق والتأقيت . قوله : (كنسج غزل وطحن حنطة يشترها) ولو بأن يستأجر من يفعل ذلك من مال القراض ؛ إذ الربح إنما ينشأ عن الصنعة لا التصرف . « حاشية الروض »^(٣) .

قوله : (وكشراء نخل لثمرته) أي : كأن قارضه على أن يشتري بالدرهم نخلاً يستغله والربح بينهما .

(١) تحفة المحتاج (٨٥/٦) .

(٢) فتح الوهاب (٢٤٠/١) .

(٣) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٨٢/٢) .

أَوْ شَبَكَةً لِيَصْطَادَ بِهَا وَالْفَوَائِدُ بَيْنَهُمَا ؛ لِاسْتِغْنَائِهِ عَنْ جِهَالَةِ الْعَوْضِ بِالِاسْتِجَارِ ؛ فَإِنَّهَا أَعْمَالٌ مَضْبُوطَةٌ ، وَالصَّيْدُ لِلصَّيَّادِ ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةٌ مِثْلُ الشَّبَكَةِ

قوله : (أَوْ شَبَكَةً لِيَصْطَادَ بِهَا) أي : أَوْ الدَّوَابَّ لِنَطَاحِهَا ، أَوْ الْعَقَارَ لِأَجْرَتِهِ . « حَاشِيَةُ الرُّوضِ »^(١) .

قوله : (وَالْفَوَائِدُ بَيْنَهُمَا) أي : الْمَالِكُ وَالْعَامِلُ ، وَهَذَا رَاجِعٌ لِلْأُمُثْلَةِ كُلِّهَا ؛ وَذَلِكَ كَأَن يَقُولُ : قَارِضُكَ بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ تَشْتَرِي بِهَا الْغَزْلَ وَتَنْسِجُهُ وَتَبِيعُهُ وَالرِّبْحَ بَيْنَنَا ، وَكَذَا يُقَالُ فِي طَحْنِ الْحِنْطَةِ وَمَا بَعْدَهُ .

قوله : (لِاسْتِغْنَائِهِ عَنْ جِهَالَةِ الْعَوْضِ بِالِاسْتِجَارِ . . .) إلخ ، تَعْلِيلٌ لِعَدَمِ صِحَّةِ الْقَرَارِ عَلَى غَيْرِ التَّجَارَةِ .

قوله : (فَإِنَّهَا) أي : الْمَذْكُورَاتُ مِنَ النَّسِجِ وَمَا بَعْدَهُ .

قوله : (أَعْمَالٌ مَضْبُوطَةٌ) أي : وَالْقَرَارُ رَخْصَةٌ جُوزَتْ لِلْحَاجَةِ ؛ فَحَيْثُ تَيْسَرُ الْاسْتِجَارَةُ عَلَى ذَلِكَ . . لَمْ تَشْمَلْهَا الرِّخْصَةُ ، وَاعْتَرَضَ هَذَا التَّعْلِيلُ بِالْجَعَالَةِ عَلَى عَمَلٍ يُمْكِنُ تَحْصِيلُهُ بِالِاسْتِجَارَةِ عَلَيْهِ فَإِنِ الْأَصَحُّ : صَحَّتْهَا ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ الْجَعَالَةَ إِذَا جُوزَتْ عَلَى مَا يَجُوزُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ عَلَيْهِ . . انْتَفَتْ الْجَهَالَةُ بِالْكَلِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ فِيهَا مَعْلُومَةٌ فَلِذَلِكَ كَانَتْ بِالْجَوَازِ أَوَّلَى ، وَالْقَرَارُ لَوْ جُوزَ عَلَى مَا يُمْكِنُ تَحْصِيلُهُ بِالْإِجَارَةِ . . لَمْ تَنْتَفِ عَنْهُ جِهَالَةُ الْعَوْضِ وَجُوداً وَقَدْرًا وَلَيْسَ بِنَا حَاجَةً إِلَى ارْتِكَابِ ذَلِكَ .

قوله : (وَالصَّيْدُ لِلصَّيَّادِ) أي : إِنْ لَمْ يَقْصِدْ بِهِ الشَّرَكَةُ ، قَالَهُ فِي « حَاشِيَةِ الرُّوضِ »^(٢) .

قوله : (وَعَلَيْهِ) أي : الصَّيَّادُ .

قوله : (أَجْرَةٌ مِثْلُ الشَّبَكَةِ) أي : لِلْمَالِكِ ، وَهَذَا ظَاهِرٌ ، بَلْ صَرِيحٌ فِي صِحَّةِ شِرَاءِ الشَّبَكَةِ كَغَيْرِهَا مِمَّا مَرَّ ؛ لَوْ قَوَّعَهُ بِالْإِذْنِ وَإِنْ لَمْ يَصَحَّ مَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ ، وَبِهِ صَرَحَ ابْنُ الرَّفْعَةِ فِي مَسْأَلَةِ الْحِنْطَةِ ، قَالَ فِي « النَّهَايَةِ » : (وَلَوْ اشْتَرَاهَا وَطَحْنَهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . . لَمْ يَنْفَسَخِ الْقَرَارُ فِيهَا - أَي : كَمَا لَوْ زَادَ عَبْدُ الْقَرَارِ بِنَحْوِ سَمْنٍ - ثُمَّ إِنْ طَحَنَ بِغَيْرِ إِذْنٍ . . لَمْ يَسْتَحِقْ أَجْرَةً لَهُ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ . . لَزِمَتْهُ الْأَجْرَةُ وَصَارَ ضَامِناً وَيَغْرَمُ أَرْشَ مَا نَقَصَ بِالطَّحْنِ ، فَإِنْ بَاعَهُ . . لَمْ يَضْمَنْ الثَّمَنُ ؛ لِعَدَمِ التَّعَدِي فِيهِ ، وَإِنْ رِبِحَ . . فَهُوَ بَيْنَهُمَا ؛ عَمَلًا بِالشَّرْطِ) انْتَهَى^(٣) .

(١) حواشي الرملی علی شرح الروض (٣٨٢/٢) .

(٢) حواشي الرملی علی شرح الروض (٣٨٢/٢) .

(٣) نهاية المحتاج (٢٢٤/٥) .

(وَلَا عَلَى أَنْ يَكُونَ لغيرِ الْعَاقِدَيْنِ شَيْءٌ مِنَ الرِّبْحِ) كالثالث ليس بعامل ولا مملوك لأحدهما ، سواء شرط المالك إعطاءه من نصيبه أو من نصيب العامل . ولا على حرمان أحدهما من الربح ؛ لأن ذلك مخالف موضوع العقد أيضاً . وخرج به (الشرط) : ألعد ،

قوله : (ولا على أن يكون لغير العاقدین شيء من الربح) هذا إشارة إلى الركن الرابع الذي هو الربح ، وشرطه : اختصاصهما به ، واشتراكهما فيه ، وكونه معلوماً بالجزئية .

قوله : (كالثالث ليس بعامل ولا مملوك لأحدهما) أي : المالك والعامل ، بخلاف ما إذا كان الثالث عاملاً أو مملوكاً لأحدهما . فإنه يصح ، ويكون القراض في الأولى مع اثنين ، والمشروط للمملوك في الثانية مضموم إلى [ما] شرط لسيده كما مر .

قوله : (سواء شرط المالك إعطاءه من نصيبه أو من نصيب العامل) أي : خلافاً لابن المقري حيث قال في « الروض » : (وإن شرط المالك إعطاء الثالث من نصيبه لا نصيب العامل . . صح ولم يلزمه) ، قال شارحه : (وما قاله في الأولى من تصرفه ؛ إذ الشرط المذكور مفسد في صورتين ، وكلام الأصل سالم من ذلك ؛ لأنه لم يذكر ذلك شرطاً في الأولى)^(١) ، وسيأتي نقل عبارته ، لكن قال محشيه : (قد يفرق بينهما بأنه يغتفر في جانب المالك لقوته ما لا يغتفر في جانب العامل ، بل هو معنى عبارة « أصله ») فليتأمل^(٢) .

قوله : (ولا على حرمان أحدهما من الربح) أي : كأن يقول : قارضتك على أن كل الربح لك أو لي ، وفارق هذا قوله : خذ المال وتصرف فيه والربح كله لك فإنه قرض صحيح بأن اللفظ ثم صريح في عقد آخر ؛ لأن لفظ (تصرف) يحتمل التصرف قراضاً وغيره ، وقد اقترن به ما يخلصه^(٣) لأحدهما فغلب حكمه ؛ كلفظ التملك إذا اقترن به العوض . . فإنه يحمل على البيع ، تأمل .

قوله : (لأن ذلك) أي : شرط إعطاء الثالث شيئاً من الربح أو حرمان المالك أو العامل منه ، فهو تعليل للصورتين .

قوله : (مخالف موضوع العقد أيضاً) أي : فإن موضوعه على أن الربح مشترك بينهما يأخذه المالك بملكه والعامل بعمله ، وليس للثالث المذكور مال ولا عمل ، فشرط شيء من الربح له مناف لموضوع العقد ، وكذا اختصاص أحدهما به ، تأمل .

قوله : (وخرج به « الشرط » : الوعد) أي : بإعطاء شيء من الربح لآخر .

(١) أسنى المطالب (٣٨٣/٢) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٨٣/٢) .

(٣) في الأصل : (يخصه) ، ولعل الصواب ما أثبت ، وانظر « حواشي الرملي على شرح الروض » (٣٨٣/٢) .

فَلَا يُؤْثَرُ كَقَوْلِهِ : وَنَصْفُ نَصِيْبِي لَزَوْجَتِي . وَيُشْتَرَطُ أَنْ يُقَدَّرَ الرِّبْحُ بِالْجَزْئِيَّةِ ؛ كَالنَّصْفِ وَالثُّلُثِ . .

قوله : (فلا يؤثر) أي : في صحة عقد القراض .

قوله : (كقوله : ونصف نصيبي لزوجتي) أي : فيصح القراض ؛ لعدم ما ينافيه ، وعبرة « الأسنى » نقلاً عن « الروضة » : (ولو قال : نصف الربح لك ونصفه لي ومن نصيبي نصفه لزوجتي . . صح القراض ، وهذا وعد هبة لزوجته ، ولو قال للعامل : لك كذا على أن تعطي ابنك أو امرأتك نصفه . . فقال القاضي أبو حامد : إن ذكره شرطاً . . فسد القراض ، وإلا . . فلا . انتهى ، وظاهر : أن هذا شرط ، فالأوجه : أن يقال : فسد القراض إلا أن يريد به غير الشرط) انتهى^(١) .

قوله : (ويشترط أن يقدر الربح بالجزئية) أي : ومعلوماً بها ؛ ليجتهد العامل في الأعمال المحصلة للربح ، وخرج بذلك : العلم بقدره ، فلو شرطاً أن لأحدهما درهماً والباقي للآخر أو بينهما . . لم يصح ؛ لأنه قد لا يربح إلا درهماً فيفوز به أحدهما ، وكذا لو شرط أن لأحدهما نصف الربح إلا درهماً ، أو أنه يختص بربح صنف ، أو بربح أحد الألفين مختلطين أو متميزين .

قوله : (كالنصف والثلث) أي : والربع والسدس ، فلو قال : قارضتك ولك ربع سدس العشر . . صح وإن لم يعلما قدره عند العقد ؛ لسهولة معرفته وهو جزء من مئتين وأربعين ، وكذا يصح . لو قال : على أن لك سدس عشر تسع الربح في الأصح ؛ لأنه معلوم من صيغة يمكن الاطلاع عليه ، قال الماوردي : (غير أنا نستحب لهما أن يعدلا عن هذه العبارة الغامضة إلى ما يعرف على البديهة من أول وهلة ؛ لأن هذه عبارة قد توضع للإخفاء والإغماض كما قال الشاعر : [من الهزج]

لَكَ الثَّلَاثَانِ مِنْ قَلْبِي وَثَلَاثَا ثَلَاثَةَ الْبَاقِي

وَثَلَاثَا ثَلَاثَ مَا يَبْقَى وَثَلَاثَ الثَّلَاثِ لِلْسَاقِي

وَتَبْقَى أَسْهُمُ سِت تُقَسَّمُ بَيْنَ عَشَاقِي

فانظر إلى هذا الشاعر [كيف] قسم قلبه وجعله مجزأً على أحد وثمانين جزءاً ؛ هي مضروب ثلاثة في ثلاثة [في ثلاثة في ثلاثة] ليصح منها مخرج ثلث ثلث [ثلث] الثلث ؛ فجعل للمخاطب أربعة وسبعين جزءاً من قلبه ، وجعل للساقى جزءاً فبقي الستة أجزاء يفرقها لمن يحب ، وليس للإغماض في عقود المعاملات وجه مرضي ولا حال يستحب ، غير أن العقد لا يخرج به عن حكم الصحة إلى الفساد ، ولا عن حال الجواز إلى المنع ؛ لأنه [قد] يؤول بهما إلى العلم ، ولا يجهل عند الحكم) انتهى^(٢) .

(١) أسنى المطالب (٢/٣٨٣) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/١٤٨) .

نَعَمْ ؛ لو شَرَطَ للعاملِ النُّصْفَ وسَكَتَ .. جازَ ؛ لِانصرافِ الباقي للمالكِ بحكمِ الأصلِ ، بخلافِ ما لو شَرَطَ النُّصْفَ للمالكِ وسَكَتَ ؛ لِأَنَّ الباقي لا ينصرفُ للعاملِ ؛ لِأَنَّ الأصلَ عدمُ استحقاقِهِ .

قال ابن السبكي : قوله : (جزء قلبه ...) إلخ وجه ظاهر ، وهو : أنه قد أعطاه في الأول أربعة وخمسين ؛ وهي ثلثا القدر المذكور ، ثم ثلثي الثلث الثالث ؛ وهي ثمانية عشر ، وبقيت تسعة فأعطاه ثلثي ثلثها ؛ وهو اثنان ، ويبقى سبعة ؛ واحد وهو ثلث الثلث الباقي للساقى وستة مقسومة . وقوله : (ليس للإغماض في المعاوضات حال مرضي) : ممنوع ؛ فقد يقصد المتعاقدان إخفاء ما يعقدان عليه من سامعه لغرض ما ، ومثله مذكور في : بعتك بمثل ما باع به فلان فرسه .

[و] لو قال : قارضتك والريح بيننا .. صح فيتناصفان ؛ لتبادره إلى الفهم ، بخلاف : والريح بيننا أثلاثاً لا يصح ؛ للجهل بمن له الثلث ومن له الثلثان .

قوله : (نعم ؛ لو شرط) أي : المالك .

قوله : (للعامل النصف وسكت) أي : عن نفسه ؛ كأن قال : قارضتك على أن لك نصف الريح ولم يزد عليه .

قوله : (جاز) أي : وتناصفا الريح ، وكذا لو قال : لك النصف ولي السدس مثلاً وسكت عن الباقي ، ولذا قال في « البهجة » :

قلت ولو قال لك النصف ولي سدس فصاحه ونصفيين اجعل^(١) ويمكن إدخال هذه الصورة في كلامه ؛ بأن يقال : وسكت عن تعيين النصف الآخر جميعه أو بعضه ، تأمل .

قوله : (لانصراف الباقي للمالك بحكم الأصل) أي : فما لم ينسبه للعامل يكون للمالك بحكم الأصل ؛ لكونه نماء ماله .

قوله : (بخلاف ما لو شرط النصف للمالك وسكت) أي : عن تعيين النصف الآخر ؛ كأن قال : قارضتك على أن نصف الريح لي ساكتاً عن نصيب العامل .. فإنه لا يصح .

قوله : (لأن الباقي لا ينصرف للعامل) تعليل لعدم الصحة الذي تضمنه قوله : (بخلاف ...) إلخ كما قررته .

قوله : (لأن الأصل : عدم استحقاقه) أي : العامل ؛ إذ الريح فائدة رأس المال ، فهو للمالك إلا ما ينسب منه للعامل ، ولم ينسب له شيء ، ولو قال : قارضتك على النصف أو على الثلث ..

ويبطل القراض أيضاً بتعليقه وتعليق تصريفه ، وتوقيته - لا بشرط منعه بعد مدة معينة من الشراء - أو بشرط أن يتجر في نادر الوجود ؛

صح والمشروط للعامل ؛ لأن المالك يستحق بالملك لا بالشرط .

هذا ؛ ثم إسناد كل ما ذكر من الصور للمالك مجرد تمثيل ؛ وإلا . . فلو صدر من العامل شرط مشتمل على شيء مما ذكر . . فكذلك كما استظهره في « التحفة »^(١) .

قوله : (ويبطل القراض أيضاً بتعليقه) أي : على شرط ؛ كأن قال : إذا جاء رأس الشهر . . فقد قارضتك ، بخلاف تعليقه بالمشيئة ؛ كقارضتك ما شئت - بفتح التاء وضمها - فإنه لا يبطل ؛ لأن ذلك شأن العقود الجائزة .

قوله : (وتعليق تصريفه) أي : كقارضتك الآن ولا تتصرف إلا بعد شهر ؛ أما في الأولى . . فكما في البيع ونحوه ، وأما في الثانية . . فكما لو قال : بعثك هذا ولا تملكه إلا بعد شهر ، ولأنه ينافي غرض الربح ، وبه فارق نظيره في (الوكالة) .

قوله : (وتوقيته) أي : كأن قارضه سنة ؛ لاختلاله بمقصود القراض فقد لا يجد رغباً في السنة أو نحوها ، ولمخالفته مقتضاه ، وقد يحتاج العامل إلى تنضيض ما بيده آخرأ لتميز رأس المال سواء اقتصر على ذلك أم زاد : على ألا أملك الفسخ قبل انقضائها .

قوله : (لا بشرط منعه) أي : لا يبطل القراض بشرط منع العامل .

قوله : (بعد مدة معينة من الشراء) أي : كأن قارضه على منعه من الشراء بعد مدة معينة ؛ كسنة . . فإنه يصح وإن لم يقل : ولك البيع بعدها على المعتمد ؛ وذلك لحصول الاسترباح بالبيع الذي له فعله بعد المدة ، ولتمكن المالك من منعه من الشراء متى شاء فجاز أن يتعرض له في العقد ، بخلاف المنع من البيع ، وبما تقرر علم : أنه لا يعتبر في القراض بيان المدة ، بخلاف المساقاة ؛ لأن مقصود القراض وهو الربح ليس له وقت معلوم ، بخلاف الثمرة التي هي مقصود المساقاة تنضب بالمدة .

قوله : (أو بشرط أن يتجر) أي : العامل ، عطف على (بتعليقه) .

قوله : (في نادر الوجود) أي : أو متاع معين ؛ كهذه الحنطة ؛ لما في ذلك من التضييق الذي يخل بمقصوده ، ولذا : لو شرط له أن يتجر في النوع الذي لم يندر وجوده . . صح ولو كان ينقطع ؛ كالرطب ، قال في « حاشية الروض » : (المراد : عموم حالة العقد في الموضع المعين للتجارة ،

كَأَلِياقوتِ الْأَحْمَرِ ، وَالْخَيْلِ الْبَلْقِ . (وَلَا بُدَّ) فِي صَحَّةِ الْقَرَضِ (مِنْ الْإِيجَابِ) مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِاللَّفْظِ ؛ كَقَارَضْتِكَ ، أَوْ ضَارِبْتِكَ ، أَوْ عَامَلْتِكَ ، أَوْ خَذُهُ وَأَنْجَزَ ، أَوْ أَعْمَلَ فِيهِ ، أَوْ بَعَا وَأَشْتَرَا

لا عموم له في سائر الأزمان والأمكنة (١) .

قوله : (كَالِياقوتِ الأحمر) كذا عبرا به ، والظاهر : أنه ليس بقيد ، بل غير الأحمر أندر منه فهو معلوم منه بالأول ، قاله في « الفتح » (٢) .

قوله : (والخيال البلق) بضم الباء وسكون اللام : جمع أبلق وبلقاء ، قال في « الخلاصة » : [من الرجز] فَعَلْ لَنَحْوِ أَحْمَرَ وَحَمْرًا (٣)

قال في « القاموس » : (البلق : محرّكة سواد وبياض - كالبلقة بالضم - وارتفاع التحجيل إلى الفخذين ، وقد بلق كفرح وكرم بَلَقًا فهو أبلق وهي بِلَقَاء) (٤) .

قوله : (ولا بد في صحة القراض من الإيجاب . . .) إلخ ، هذا إشارة إلى الركن الخامس ، وهي : الصيغة .

قوله : (من رب المال) أي : من جهة رب المال ؛ أي : مالكة ؛ بمعنى : مالك التصرف فيه ؛ ليشمل الولي والوكيل .

قوله : (باللفظ) أي : أو الكتابة أو إشارة الأخرس كما سيأتي .

قوله : (كقارضتك ، أو ضاربتك ، أو عاملتك) أي : في كذا على أن الربح بيننا ، وهكذا فيما يأتي .

قوله : (أو خذه واتجر) أي : خذ هذا النقد واتجر فيه .

قوله : (أو بع واشتر) أي : بهذه الدراهم ، قال في « التحفة » : (فإن اقتصر على « بع » أو « اشتر » . . . فسد ولا شيء له - أي : العامل - لأنه لم يذكر له مطلقاً) (٥) ، وأخذ منه (ع ش) : أن شخصاً لو طلب من آخر دراهم ليتجر فيها فدفعا له وقال : اتجر فيها ولم يزد على ذلك . . فلا شيء للعامل في هذه الصورة ؛ للتعليل المذكور (٦) .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٨٢ / ٢) .

(٢) فتح الجواد (٥٧٣ / ١ - ٥٧٤) .

(٣) ألفية ابن مالك (ص ٥٢) .

(٤) القاموس المحيط (٣ / ٣١٢) ، مادة : (بلق) .

(٥) تحفة المحتاج (٦ / ٨٩ - ٩٠) .

(٦) حاشية الشبراملسي (٥ / ٢٢٨) .

(وَالْقَبُولُ بِاللَّفْظِ) فوراً مِنْ الْعَامِلِ بِأَنْ يَتَّصِلَ بِهِ كَالْبَيْعِ ، وَيَجُوزُ بِالْكِتَابَةِ وَإِشَارَةِ الْآخَرِ الْمَفْهُمَةِ .
(وَإِذَا شُرْطُ) فِي الْقَرَارِ (شَرْطٌ فَاسِدٌ) مِمَّا مَرَّ (كَشَرْطِ أَنْ يَعْمَلَ) الْمَالِكُ (فِيهِ) بِنَفْسِهِ مَعَ
الْعَامِلِ .. بَطَلَ ، وَوَجْهٌ بَطْلَانِهِ فَوَاتُ اسْتِقْلَالِ الْعَامِلِ . وَمِنْ ثَمَّ

قوله : (والقبول باللفظ) استشكل بما في الشركة أنهما لو خلطا المالين ثم أراد أحدهما التصرف فقط . . كفى أن يقول له صاحبه : أذنت لك في التصرف ، وكفى سكوته ؛ لأنه وكيل فالشرط عدم رده ، ويقوي الإشكال أن المتصرف في الشركة وكيل ، والعامل في القراض كذلك ؟ وأجيب بأن العامل متملك لبعض الربح في مقابلة عمله فصار عقده معاوضة كالإجارة ، وأما في الشركة . . فلا معاوضة ؛ لأن ما يحصل له من الربح في مقابلة ماله لا عمله ؛ بدليل : أن الربح يوزع على المالين لا العاملين .

قوله : (فوراً من العامل) أي : من جهة العامل ولو في نحو : خذه واتجر فيه . . فلا بد فيه من القبول فوراً .

قوله : (بأن يتصل به) أي : يتصل القبول بالإيجاب ؛ تصوير للفورية ، قال في « الفتح » :
(ويظهر : أنه يشترط هنا المطابقة فيه ؛ كهي في البيع ، فيبطل : « قارضتك بالنصف » مثلاً فقال :
« قبلت بالربح » أو عكسه)^(١) .

قوله : (كالبيع) أي : بجامع أن كلاً منهما عقد معاوضة يختص بمعين ، بخلاف الوكالة ؛ لأنها مجرد إذن ، والجمالة ؛ لأنها لا تختص بمعين .

قوله : (ويجوز بالكتابة وإشارة الأخرس المفهمة) راجع للإيجاب والقبول معاً .

قوله : (وإذا شرط في القراض شرط فاسد مما مر) أي : سواء كان الشارط المالك أم العامل .

قوله : (كشرط أن يعمل المالك فيه بنفسه مع العامل) أي : بحيث لا يستقل العامل في التصرف فيه .

قوله : (بطل) أي : القراض ، لكن إذا تصرف العامل فيه . . صح تصرفه وله أجره المثل كما سيأتي .

قوله : (ووجه بطلانه : فوات استقلال العامل) أي : في التصرف ، واستقلاله فيه شرط كاستقلاله باليد في رأس المال .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل هذا التوجيه .

لو شرطَ عَمَلٌ نَحْوَ قَنِّهِ عَلَى جِهَةٍ كَوْنِهِ مُعِيناً وَتَبَعاً لَهُ . . لَمْ يُؤْثَرْ ، (أَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ عَرْضاً) أَوْ
 شرطَ أَنَّ الرِّبْحَ كُلَّهُ لِلْعَامِلِ ، أَوْ لَهُ وَلِثَالِثٍ ، أَوْ عَلَقَى ، أَوْ أَقَتَ ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ (. . بَطَلَ ، وَاسْتَحَقَّ
 الْعَامِلُ أَجْرَةَ الْمِثْلِ ، وَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِلْمَالِكِ) لِأَنَّهُ

- قوله : (لو شرط عمل نحو قنه) أي : كأجيره مع العامل .
- قوله : (على جهة كونه معيناً وتبعاً له) أي : للعامل ، بخلاف ما إذا لم يكن تبعاً له ؛ كأن
 شرط كونه شريكاً له في الرأي ، أو أن المال أو بعضه بيده كما مر .
- قوله : (لم يؤثر) أي : فلا يبطل القراض بذلك ؛ لاستقلاله حينئذ ، قال في « الفتح » :
 (وخرج بقنه وأجيره : نحو غلامه الحر وزوجته فلا يجوز شرط عملهم معه إلا إن شرط لهم بعض
 الربح ؛ لأنه حينئذ قراض مع أكثر من واحد)^(١) .
- قوله : (أو كان رأس المال عرضاً) أي : أو فلوساً أو حلياً أو مجهولاً .
- قوله : (أو شرط أن الربح كله للعامل) أي : أو للمالك ، لكن لا يستحق العامل حينئذ أجره
 المثل ؛ كما سيأتي في كلامه .
- قوله : (أو له ولثالث) أي : أو شرط أن الربح للعامل ولآخر غير عامل ولا مملوك له
 ولا للمالك كما مر .
- قوله : (أو علّق أو أقت أو نحو ذلك) أي : من صور القراض الفاسدة .
- قوله : (بطل) جواب (إذا) المقدّر قبل (كان) في قول المتن : (أو كان رأس المال
 عرضاً) ، وهذا بالنظر إلى كلام الشارح ؛ وإلا . . فهو جواب قول المتن : (وإذا شرط . . .
 إلخ .
- قوله : (واستحق العامل أجره المثل) أي : لعمله وإن لم يحصل ربح ، بل وإن حصل خسران
 على المعتمد ، قال في « المغني » : (وقيل : لا يستحق أجره عند عدم الربح ، وهو القياس ؛ لأن
 القراض الصحيح لا يستحق فيه شيئاً عند عدم الربح)^(٢) .
- قوله : (والربح كله للمالك) أي : إن ربح ، قال في « التحفة » : (لأنه نماء ملكه وعليه
 الخسران أيضاً)^(٣) .
- قوله : (لأنه) أي : العامل ؛ لتعليل لاستحقاقه أجره المثل .

(١) فتح الجواد (٥٧٤/١) .

(٢) مغني المحتاج (٤٠٦/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٩٢/٦) .

عَمِلَ طامِعاً ، بخلاف ما لو شرطَ الرِّيحَ كُلَّهُ للمالكِ ، أو علمَ فسادَ الشَّرْطِ . . فلا شيءَ له ؛ لأنَّه عَمِلَ غَيْرَ طامِعٍ في شيءٍ ، ويصحُّ تصرفُهُ معَ الفسادِ ؛ لوجودِ الإِذْنِ . (و) العاملُ كالوكيلِ

قوله : (عمل طامعاً) أي : في المسمى لا مجاناً ، فإذا فات . . وجب رد عمله إليه ، وهو متعذر فتجب قيمته ؛ كما لو اشترى شيئاً شراءً فاسداً وقبضه فتلف . . تلزمه قيمته ، وأيضاً : فإن القراض عقد يستحق به المسمى في صحيحه فاستحق أجره المثل في فاسده كالإجارة ، وهذا التعليل أوضح من الأول .

قوله : (بخلاف ما لو شرط الربح كله للمالك) أي : كأن قال المالك : (قارضتك وجميع الربح لي) وقبل العامل .

قوله : (أو علم فساد الشرط) أي : وأنه لا أجر له ، قاله في « التحفة »^(١) ، وقضيته : أن مجرد علم الفساد لا يمنع الاستحقاق ، ووجهه : أنه حينئذ طامع فيما أوجبه الشرع من أجره المثل . ابن قاسم^(٢) .

قوله : (فلا شيء له) أي : للعامل في الصورتين ، قال في « التحفة » : (وكذا إذا اشترى في الذمة ونوى نفسه ؛ لأن الربح يقع له فلم يستحق على المالك شيئاً)^(٣) .

قوله : (لأنه عمل غير طامع في شيء) أي : بل هو راض بالعمل مجاناً ، واعتمد الرملي والخطيب في الصورة الثانية لزوم الأجرة ؛ لأنه أذن أن يعمل بعوض فلا يحبط عمله ، فليتأمل^(٤) .
قوله : (ويصح تصرفه) أي : العامل .

قوله : (مع الفساد) أي : لنحو فوات شرط ككونه غير نقد والمقارض مالك ، أما إذا فسد ؛ لعدم أهلية العاقد أو المقارض ولي أو وكيل . . فلا يصح تصرفه كما في « التحفة » وغيرها^(٥) .

قوله : (لوجود الإذن) أي : كما في الوكالة الفاسدة ، وليس كما لو فسد البيع . . لا يصح تصرف المشتري ؛ لأنه إنما يتصرف بالملك ولا ملك في البيع الفاسد ، ومع صحة التصرف لا يحل له الإقدام عليه بعد علمه بالفساد ؛ كما صرحوا به في (الوكالة) .

قوله : (والعامل كالوكيل) دخول على المتن .

(١) تحفة المحتاج (٩٢/٦) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (٩٢-٩٣) .

(٣) تحفة المحتاج (٩٢/٦) .

(٤) نهاية المحتاج (٢٣١/٥) ، مغني المحتاج (٤٠٦/٢) .

(٥) تحفة المحتاج (٩٢/٦) .

في أكثر أحكامه ، فيتقيد تصرفه بالمصلحة فحينئذ (لا يبيع العامل بنسيئة) ولا يشتري بها ؛ لأنَّ رأس المال قد يتلف فتبقى العهدة على المالك (ولا بغبن فاحش) ، ولا بغير نقد البلد (كما صرح به جماعة من الأصحاب نظير الشريك) ؛

قوله : (في أكثر أحكامه) أي : لا في كلها ؛ لما سيأتي من قوله : (يبيع بالعرض ...) إلخ .

قوله : (فيتقيد تصرفه بالمصلحة) هو شراء ما يتوقع فيه الربح ، أو بيع ما يتوقع فيه الخسران . « حاشية الروض »^(١) .

قوله : (فحينئذ) أي : حين إذ تقيد تصرفه بالمصلحة .

قوله : (لا يبيع العامل بنسيئة ولا يشتري بها) أي : بلا إذن المالك فيها وفي الغبن الآتي ، بخلاف ما إذا أذن كالوكيل ، ومن ثم : جرى هنا في قدر النسيئة وإطلاقها في البيع ما مرَّ ثم من أنه إن عين له قدرًا .. اتبع ، وإلا : فإن كان ثم عرف في الأجل .. حمل عليه ، وإلا .. راعى المصلحة .

قوله : (لأن رأس المال قد يتلف ...) إلخ ، لهذا التعليل خاص بالشراء كما يصرح به قول « شرح المنهج » : (ووجه منع الشراء نسيئة : أنه كما قال الرافعي : قد يتلف رأس المال ...) إلخ^(٢) ، وأما منع البيع بها .. فللغرر ، تأمل .

قوله : (ولا بغبن فاحش) أي : لأنه يضر بالمالك ، وظاهره : أنه يبيع بغير الغبن الفاحش ولو كان ثم من يرغب فيه بتمام قيمته ، وهو غير مراد ؛ لما [مرَّ] في (الوكالة) : أن محل الصحة إذا لم يكن ثم راغب يأخذه بهذه الزيادة . (ع ش)^(٣) .

قوله : (ولا بغير نقد البلد) أي : ولا يبيع ولا يشتري به ، أفاده في « حاشية الفتح »^(٤) .

قوله : (كما صرح به جماعة من الأصحاب) هم كما في « الأسنى » : البندنيجي وابن الصباغ وسليم والرويان^(٥) ، وكذا المحاملي كما في « المغني »^(٦) .

قوله : (نظير الشريك) أي : فإنه لا يجوز له البيع بغير نقد البلد كما مر .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٨٥ / ٢) .

(٢) فتح الوهاب (٢٤٢ / ١) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢٣١ / ٥) .

(٤) حاشية فتح الجواد (٥٧٧ / ١) .

(٥) أسنى المطالب (٣٨٥ / ٢) .

(٦) مغني المحتاج (٤٠٧ / ٢) .

لأنَّه لا يروجُ ثمَّ فيتعطلُ الرِّبحُ ، بخلافِ العرضِ . قالوا : ولا يشتري شيئاً بثمنٍ مثله وهو لا يرجو الرِّبحَ فيه ؛ لأنَّ الإذن لا يقتضيه ، ويحبسُ المبيعَ لقبضِ ثمنه ؛ وإلاَّ . . . ضَمِنَ ، ويُشْهَدُ بنسيئةٍ أُذِنَ لَهُ فِيهَا ، . . .

قوله : (لأنه) أي : غير نقد البلد .

قوله : (لا يروج ثم فيتعطل الربح) أي : شأنه ألا يربح إلا في محله ، ومن ثم : لو راج في البلد الذي يأخذه . . . جاز كالعرض ، قاله في « حاشية الفتح »^(١) .

قوله : (بخلاف العرض) أي : فإنه مربح في كل بلد فجاز البيع به كما سيأتي .

قوله : (قالوا : ولا يشتري شيئاً بثمن مثله . . .) إلخ ، المتبادر من سياقه أن القائلين بهذا هم هؤلاء الجماعة من الأصحاب ، لكن في « الأسنى » نقل هذا عن الماوردي^(٢) .

قوله : (وهو لا يرجو الربح فيه) أي : لا يظن الربح فيه ، ومقتضاه : تعليق ظن الربح بعقيدة العامل ، وهو ظاهر حيث كان من أهل الخبرة ، وإلا . . . وجب سؤال من يثق به منهم ولو واحداً كما بحثه في « حاشية الفتح »^(٣) .

قوله : (لأن الإذن لا يقتضيه) أي : شراء ما لا ربح فيه ولو بثمن المثل .

قوله : (ويحبس المبيع لقبض ثمنه) أي : فلا يجوز تسليم المبيع إلا بعد قبض الثمن كالوكيل .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يحبس المبيع ، بل سلمه قبل قبض الثمن .

قوله : (ضمن) أي : بالقيمة وقت التسليم ، ويكون للحيلولة لأنه يضمن الثمن .

(ع ش)^(٤) .

قوله : (ويشهد) أي : وجوباً ، وإلا . . . ضمن .

قوله : (بنسيئة أذن له فيها) أي : بخلاف الحال ؛ لعدم جريان العادة به في البيع بالحال ، ولأنه يحبس المبيع إلى قبض الثمن كما تقرر ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (والمراد بالإشهاد الواجب كما رجحه ابن الرفعة : ألا يسلم المبيع حتى يشهد شاهدين على إقراره بالعقد ، قال الأسنوي : أو واحداً ثقة . انتهى) ، وقضية كلام ابن الرفعة : أنه لا يلزمه الإشهاد على العقد ، ويوجه بأنه قد يتيسر له البيع بربح بدون شاهدين ، ولو آخر إليهما . . . فات ذلك فجاز له العقد

(١) حاشية فتح الجواد (٥٧٧/١) .

(٢) أسنى المطالب (٣٨٥/٢) .

(٣) حاشية فتح الجواد (٥٧٥/١) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٢٣٢/٥) .

وَالْإِذْنَ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لَا يَتَنَاوَلُ السَّلَمَ ؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرُ غَرَرًا ، وَيَتَقَيَّدُ بِمَا قُيِّدَ لَهُ مِنْ زَمَنِ أَوْ مَحَلٍّ أَوْ غَيْرِهِمَا ، (و) لَكُونِ الْمَقْصُودُ هُنَا هُوَ الرِّيحَ . فَارَقَ الْوَكِيلَ فِي أَنَّهُ (يَبِيعُ بِالْعَرَضِ) وَيَشْتَرِي ، .

بدونهما ولزمه الإشهاد عند التسليم (انتهى^(١)) .

قوله : (وَالْإِذْنَ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ) أي : بالنسيئة .

قوله : (لَا يَتَنَاوَلُ السَّلَمَ) أي : فلا يجوز عند الإذن بالنسيئة أن يبيع أو يشتري سلماً .

قوله : (لِأَنَّهُ أَكْثَرُ غَرَرًا) أي : من البيع والشراء بالنسيئة ، قيل : فإن أذن له في الشراء سلماً
جاز ، أو البيع . . لم يجز ؛ لأن الشراء أحظ ، قال في « التحفة » : (وفيه نظر ظاهر)^(٢) أي :
فالقياص : الجواز مطلقاً ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما ، فحيث أذن جاز ؛ لأنه راض بالضرر ،
والعامل هو المباشر . (ع ش)^(٣) .

قوله : (وَيَتَقَيَّدُ) أي : تصرف العامل .

قوله : (بِمَا قُيِّدَ لَهُ) أي : حيث لم يكن تضيق في الاسترباح .

قوله : (مِنْ زَمَنِ أَوْ مَحَلٍّ أَوْ غَيْرِهِمَا) أي : حتى لو قارضه على أن يصارف مع الصيارفة
تعينوا إن ذكره شرطاً ، وإلا . . فلا على المرجح ، فتنفسد المصارفة مع غيرهم ، ولا يشترط تعيين
ما يتصرف فيه ، بخلاف الوكالة ، والفرق : أن للعامل حظاً يحمله على بذل المجهود ، بخلاف
الوكيل ، وعليه الامتثال لما عينه إن عين كما في سائر التصرفات بالإذن .

قوله : (وَلَكُونِ الْمَقْصُودُ هُنَا) أي : في القراض ، واللام متعلق بقوله : (فارق) .

قوله : (هُوَ الرِّيحَ) أي : حصوله .

قوله : (فَارَقَ الْوَكِيلَ) أي : فارق العامل الوكيل .

قوله : (فِي أَنَّهُ) أي : العامل .

قوله : (يَبِيعُ بِالْعَرَضِ) أي : يجوز له ذلك وإن لم يأذن له المالك كما في « التحفة » و « النهاية »^(٤) .

قوله : (وَيَشْتَرِي) أي : بالعرض ، واستشكل بما مر أول الباب : أنه لا يجوز العقد
بالعرض ، وأجيب بأن النظر أولاً إلى النقدية لا غير ؛ لأنها أسلم ، وهنا الربح وعدمه ؛ لأنه المرجو
بالعقد .

(١) تحفة المحتاج (٩٣ / ٦) . نهاية المحتاج (٢٣٢ / ٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٩٣ / ٦) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢٣٣ / ٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٩٣ / ٦) . نهاية المحتاج (٢٣٢ / ٥) .

وَيَأْخُذُهُ بَدَلًا عَنْ مُتَلَفٍ حَيْثُ تَوَقَّعَ فِيهِ رِبْحًا ، وَيَأْخُذُ الْمَعِيبَ عِنْدَ الْمَصْلُحَةِ أَوْ الْغَبْطَةِ . (وَلَهُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ) إِنْ كَانَ فِي الرَّدِّ مَصْلُحَةٌ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْمَالِكُ ،

قوله : (وَيَأْخُذُهُ بَدَلًا عَنْ مُتَلَفٍ) أي : من عروض تجارته .

قوله : (حَيْثُ تَوَقَّعَ فِيهِ رِبْحًا) قيد لجواز ذلك بالعرض ، وظاهر التعبير بالتوقع بل صريحه : أنه لا فرق بين رجاء الربح الآن أو بعد مدة قريبة أو بعيدة ، قال في « حاشية الفتح » : (لو قيل : لا بد من توقع الربح فيه من حين العقد ؛ لأن المالك بصدد الفسخ فيه فيجده مربحاً ، بخلاف ما لو ظنه بعد مدة ؛ فإنه إذا فسخ يجده غير مربح فيحصل له الضرر . لم يبعد ، إلا أن يقال : إن هذا يلزم عليه تعطله عن أكثر المشتريات ؛ لأن الغالب من أحوال التجار أنهم في كثير من البضائع إنما يشترونها لتوقع الربح فيها آجلاً ، وحيثئذ فالذي يتجه : اتباع عرف التجار في مثل هذا الصنف ، ولا نظر لحال المالك ؛ لأنه المقصر بالفسخ ، وعدم الصبر فيما يتوقع فيه الربح في مدة قريبة عرفاً ^(١) .

قوله : (وَيَأْخُذُ الْمَعِيبَ) أي : بالشراء ولو بقيمته معيباً .

قوله : (عِنْدَ الْمَصْلُحَةِ) أي : لا عند عدمها .

قوله : (أَوْ الْغَبْطَةِ) هي الزيادة على القيمة زيادة لها بال ، وينقلب العقد في كل محل مر في الوكالة انقلابه فيه للوكيل ، ولا يشتري العامل للقراض إلا بقدر ماله رأس مال وربحاً وجنساً ، فلو اشترى بأكثر منه . لم يقع ما زاد عن جهة القراض ؛ لأنه لو صح . لملكه رب المال ووجب عليه ثمنه مع أنه لم يأذن في تملك ولا في شغل ذمته بثمانه .

قوله : (وَلَهُ) أي : ويجوز للعامل عند الجهل ، قال الأسنوي : (بل يجب عليه) .

قوله : (الرَّدُّ بِالْعَيْبِ إِنْ كَانَ فِي الرَّدِّ مَصْلُحَةٌ) أي : فإن لم يكن فيه مصلحة ؛ بأن اقتضت إمساك المعيب . فلا يرده في الأصح ؛ لإخلاله بمقصود العقد ، والقول بأن له الرد حيثئذ كالوكيل . مردود بأن الوكيل ليس له شراء المعيب ، بخلاف العامل إذا رأى فيه ربحاً كما مر . فلا يرد ما فيه مصلحة ، بخلاف الوكيل ، أما إذا استوى الرد والإمساك . فله الرد اتفاقاً .

قوله : (وَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْمَالِكُ) أي : برده ؛ بأن رضي بالمعيب ؛ لأن للعامل حقاً في المال ، بخلاف الوكيل ، وللمالك الرد حيث يجوز للعامل وأولى ؛ لأنه مالك الأصل ، ثم إن كان الشراء بالعين . رده على البائع ونقض البيع ، أو في الذمة . صرفه للعامل .

فَإِنْ اٰخْتَلَفَا فِي وُجُوْدِهِمَا . اَلزَّمَهُمَا الْحَاكِمُ بِالْأَصْلَحِ مِنَ الرَّدِّ وَالْإِمْسَاكِ . (وَلَا يُسَافِرُ بِمَالِ الْقِرَاضِ) وَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا وَظَهَرَتِ الْمَصْلَحَةُ ؛ لِلْخَطَرِ إِلَّا بِإِذْنِ ، وَالْإِذْنُ فِي مَطْلَقِ السَّفَرِ لَا يَتَنَاوَلُ رُكُوبَ الْبَحْرِ وَإِنْ غَلَبَتِ السَّلَامَةُ ، بَلْ لَا يَجُوزُ رُكُوبُهُ مَطْلَقًا

قوله : (فَإِنْ اٰخْتَلَفَا) أي : المالك والعامل .

قوله : (فِي وُجُوْدِهِمَا) أي : المصلحة في ذلك المعيب .

قوله : (اَلزَّمَهُمَا الْحَاكِمُ) أي : أو المحكم كما في « التحفة »^(١) .

قوله : (بِالْأَصْلَحِ مِنَ الرَّدِّ وَالْإِمْسَاكِ) أي : الأصح منعهما عند الحاكم ؛ لأن لكل من المالك والعامل حقاً ، قال في « التحفة » : (فَإِنْ اسْتَوَى الْإِمْسَاكُ وَالرَّدُّ فِيهَا - أي : المصلحة - . . . رَجَعَ ؛ أي : الحاكم لاختيار العامل كما بحثه ابن الرفعة ؛ لتمكنه من شراء المعيب بقيمته ؛ أي : فكان جانبه أقوى) انتهى^(٢) ، ونحوه في « النهاية »^(٣) .

قوله : (وَلَا يَسَافِرُ بِمَالِ الْقِرَاضِ) أي : لا يجوز للعامل السفر بمال القراض .

قوله : (وَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا وَظَهَرَتِ الْمَصْلَحَةُ) أي : أو كان السفر إلى محل قريب ولم تكن فيه مؤنة .

نعم ؛ محل امتناعه إلى القريب حيث لم يعتد أهل بلد القراض الذهاب إليه لبيع ويعلم المالك بذلك ، وإلا . . . جاز ؛ لأن هذا بحسب عرفهم يعد من أسواق البلد ، أفاده (ع ش)^(٤) .

قوله : (لِلْخَطَرِ) أي : فإن في السفر خطراً وتعريضاً للتلف .

قوله : (إِلَّا بِإِذْنِ) أي : أما بالإذن . . . فيجوز ، ثم إن عين له بلداً . . . فذاك ، وإلا . . . تعين ما اعتاد أهل بلد القراض السفر إليه منه .

قوله : (وَالْإِذْنُ فِي مَطْلَقِ السَّفَرِ لَا يَتَنَاوَلُ رُكُوبَ الْبَحْرِ) بمنزلة الاستدراك على مفهوم قوله إلا بإذن وعبارة « التحفة » : (نعم ؛ لا يستفيد ركوب البحر إلا بالنص عليه . . .) إلخ^(٥) .

قوله : (وَإِنْ غَلَبَتِ السَّلَامَةُ) أي : في سفر البحر ؛ لمزيد الخطر فيه على سفر البر .

قوله : (بَلْ لَا يَجُوزُ رُكُوبُهُ مَطْلَقًا) أي : سواء كان بإذن أم لا ، ويحتمل أن المراد بالإطلاق : كل أحد .

(١) تحفة المحتاج (٩٤/٦) .

(٢) تحفة المحتاج (٩٤/٦) .

(٣) نهاية المحتاج (٢٣٣/٥) .

(٤) حاشية الشيرازي (٢٣٤/٥ - ٢٣٥) .

(٥) تحفة المحتاج (٩٧/٦) .

إِلَّا مَعَ غَلَبَتِهَا . نَعَمْ ؛ إِنْ عَيَّنَ لَهُ بَلَدًا لَا طَرِيقَ لَهُ إِلَّا الْبَحْرُ . . . كَانَ إِذْنًا فِي رُكُوبِهِ ، كَمَا لَوْ عَقَّدَا بِمَحَلٍّ لَا يَصْلُحُ لِلْإِقَامَةِ ، أَوْ وَهُمَا مُسَافِرَانِ . . . فَإِنَّ لَهُ السَّفَرَ إِلَى الْمَقْصِدِ الصَّالِحِ ، لَا مِنْهُ (إِلَّا بِإِذْنٍ) . وَحَيْثُ تَعَدَّى أَوْ سَافَرَ بِهِ

قوله : (إلا مع غلبتها) أي : السلامة ، فإن غلب الهلاك أو استوى الأمران . . حرم السفر فيه .
قوله : (نعم ؛ إن عين له . . .) إلخ ؛ أي : عين المالك للعامل في إذنه له في السفر ، وهذا استدراك على قوله : (والإذن في السفر لا يتناول ركوب البحر) .

قوله : (بلدًا لا طريق له إلا البحر) أي : كساكن الجزائر التي يحيط بها البحر .

قوله : (كان) أي : إذنه في مطلق السفر .

قوله : (إذناً في ركوبه) أي : فيجوز للعامل أن يسافر فيه وإن لم ينص له عليه ؛ إذ الإذن محمول [عليه] ، ثم المراد بالبحر فيما ذكر كما قاله الأسنوي وغيره : البحر الملح ، قال في «الغرر» : (وهو قياس ما قالوه في الحج ، فتخرج : الأنهار العظيمة ؛ كالنيل ، ويحتمل إدخالها ، ويفرق بأن الحق هنا متعلق بالغير ، بخلافه في الحج)^(١) أي : فيحتاج للإذن فيما إن زاد خطرهما على خطر البر^(٢) .

قوله : (كما لو عقدا بمحل لا يصلح للإقامة) يعني : قارضه بمحل لا يصلح لها ؛ كالمفاضة واللجة .

قوله : (أو وهما مسافران) أي : أو عقدا والحال أنهما في أثناء السفر .

قوله : (فإن له السفر إلى المقصد الصالح) أي : مقصده حال عقد القراض كما هو ظاهر ، وقضيته : أنه لو أراد السفر إلى مثله أمناً ومسافة . . لم يجز ، وهو محتمل ؛ تحكيماً للقرينة . «فتح الجواد»^(٣) .
قوله : (لا منه إلا بإذن) أي : ليس له بعد ذلك أن يحدث سفرًا إلى غير محل إقامته إلا بإذن ، فإن أذن له . . جاز بحسب الإذن ، وإن أطلق الإذن . . سافر لما جرت به العادة من البلاد المأمونة . «مغني»^(٤) .

قوله : (وحيث تعدى) أي : العامل عما أذن له في السفر إليه .

قوله : (أو سافر به) أي : بمال القراض .

(١) الغرر البهية (١٧٧/٦ - ١٧٨) .

(٢) في الأصل : (البحر) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) فتح الجواد (٥٧٧/١) .

(٤) مغني المحتاج (٤٠٨/٢) .

بلا إذنٍ . . ضَمِنَهُ ، وَضَمِنَ ثَمَنَهُ الَّذِي بَاعَهُ بِهِ فِي السَّفَرِ وَإِنْ عَادَ بِأَحَدِهِمَا مِنَ السَّفَرِ . (وَلَا يُنْفَقُ)
 أي : العاملُ (مِنْهُ) أي : مِنْ مَالِ الْقَرَضِ (عَلَى نَفْسِهِ لَا حَضَرًا وَلَا سَفَرًا) لِأَنَّ مَوْنَةَ نَفْسِهِ عَلَيْهِ ؛
 إِذْ لَهُ نَصِيبٌ مِنَ الرِّيحِ ،

قوله : (بلا إذن) أي : من المالك .

قوله : (ضمنه وضمن ثمنه الذي باعه به في السفر) أي : وأثم بذلك ، قال في « التحفة » :
 (ومع ذلك : القراض باق بحاله سواء سافر بعين مال القراض أو العروض التي اشتراها به ، خلافاً
 للماوردي ، وقد قال الإمام : لو خلط مال القراض بماله . . ضمن ولم ينزل . . .) إلخ^(١) .
 قوله : (وإن عاد بأحدهما) أي : مال القراض والضمن .

قوله : (من السفر) أي : لأن سبب الضمان وهو السفر لا يزول بالعود ، ولأجل استمراره
 ضمن الثمن ؛ لوجوده عند قبضه ، وبه فارق عدم ضمانه ثمن ما تعدى به بغير السفر كالوكيل ، فإن
 تصرف في المحل الذي سافر إليه . . صح تصرفه بقيمة بلد القراض أو أكثر منها لا أقل بقدر لا يتغابن
 بمثله ، واستحق نصيبه من الربح وإن تعدى بالسفر ؛ للإذن في التصرف مع بقاء عقد القراض .
 قوله : (ولا ينفق ؛ أي : العامل) مراده بـ (النفقة) : ما يعم سائر المؤن ، فلو عبر بـ (لا
 يمون) . . لكان أولى .

قوله : (منه ؛ أي : من مال القراض على نفسه) أي : وإن جرت العادة بذلك ، وظاهره : وإن
 أذن له المالك ، وينبغي خلافه ، ولعله غير مراد ، وعليه : فإذا فرض ذلك . . فالظاهر : أنه يكون
 من الربح لا من أصل مال القراض ، فإن لم يوجد ربح . . حسب من رأس المال . (ع ش)^(٢) .
 قوله : (لا حضراً ولا سَفَرًا) أي : جزماً في الأول ، وعلى الأظهر في الثاني كما في
 « المنهاج »^(٣) ، وقيل : ينفق منه بالمعروف ما يزيد بسبب السفر ؛ كالإداوة والخف ،
 والسفرة والكراء ؛ لأنه حبسه عن التكسب بالسفر لأجل القراض فأشبهه حبس الزوجة ، بخلاف
 الحضر .

قوله : (لأن مَوْنَةَ نفسه عليه) أي : العامل .

قوله : (إذ له نصيب من الربح) أي : فلا يستحق شيئاً آخر ، ولأن النفقة قد تكون قدر الربح

(١) تحفة المحتاج (٩٧/٦) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٢٣٥/٥) .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٢٠٢) .

فإن شرطها من مال القراض . . فسَدَ الْعَقْدُ . وينفق على مال القراض منه ، ولا يتصدق منه ولو بلقمة (وعليه فعل ما يُعتاد) أن يتولاه العامل بنفسه (كطَي الثوب ونشره ، ووزن الخفيف) والذرع ، وحفظ متاع بباب حانوت ، ونومه عليه بالسفر ، وحمل الخفيف من المال ؛

فيؤدي إلى انفراده به ، وقد تكون أكثر فيؤدي إلى أن يأخذ جزءاً من رأس المال ، وهو ينافي مقتضاه . « مغني »^(١) .

قوله : (فإن شرطها) أي : النفقة في العقد .

قوله : (من مال القراض) أي : وإن قدر .

قوله : (فسَدَ الْعَقْدُ) أي : لأنه يخالف مقتضاه .

قوله : (وينفق على مال القراض منه) أي : لأنه من مصالح التجارة ، وما يأخذه الرصدي والخفير يحسب من مال القراض ، وكذا المأخوذ ظمناً ؛ كأخذ المكسة كما قاله الماوردي^(٢) .

قوله : (ولا يتصدق منه ولو بلقمة) أي : لأن العقد لا يتناوله . « مغني » و« أسنى »^(٣) ، قال (سم) : (جوَّزَ مالك النفقة على نفسه والتصدق على العادة) نقله الجمل^(٤) .

قوله : (وعليه) أي : يجب على العامل .

قوله : (فعل ما يعتاد أن يتولاه العامل بنفسه) أي : من أمثاله من عمال القراض بحسب العرف في ناحيته .

قوله : (كطَي الثوب ونشره) تمثيل لما يعتاد تولي العامل فعله .

قوله : (ووزن الخفيف) أي : ولو لم يعتد برفعه [متعين] كذا في « التحفة » و« النهاية »^(٥) ، فهو معطوف على (فعل) وذلك كمسك وذهب .

قوله : (والذرع) أي : للثوب وإدخاله في الصندوق وإخراجه منه .

قوله : (وحفظ متاع بباب حانوت) أي : دكان .

قوله : (ونومه عليه بالسفر) أي : فيه .

قوله : (وحمل الخفيف من المال) أي : كثمان ما باع به ، بخلاف حمل الأمتعة الثقيلة فإنه

(١) مغني المحتاج (٤٠٩/٢) .

(٢) الحاوي الكبير (١١٧/٩) .

(٣) مغني المحتاج (٤٠٩/٢) ، أسنى المطالب (٣٨٧/٢) .

(٤) فتوحات الوهاب (٥١٩/٣) .

(٥) تحفة المحتاج (٩٧/٦) ، نهاية المحتاج (٢٣٥/٥) .

لقضاء العرف به . (وَلَا يَمْلِكُ) العاملُ (حِصَّتُهُ مِنَ الرَّبْحِ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ) دونَ ظهورِ الربحِ ، ويملكُ أيضاً بالفسخِ مِنَ التَّصَرُّفِ وبِإِتْلَافٍ ، فكلُّ زائدٍ عينيٍّ

لا يلزم عليه كوزنها ؛ لتعارف الاستئجار عليه .

قوله : (لقضاء العرف به) أي : بفعل ما يعتاد ، وأما ما لا يلزمه من العمل . . فيجوز له الاستئجار عليه من مال القراض ؛ لأنه من تنمة التجارة ومصالحتها ، فإن تولاه بنفسه . . لم يستحق أجره ؛ لتبرعه ، وما يلزمه فعله لو اكرت على من فعله . . فالأجرة في ماله لا في مال القراض ، فلو شرط على المالك الاستئجار عليه من مال القراض . . لم يصح كما استظهره في « المغني »^(١) .

قوله : (ولا يملك العامل حصته من الربح) أي : الحاصل بعمله .

قوله : (إلا بالقسمة) أي : فإذا قسم ملك حصته منه ، لكنه إنما يستقر ملكه بالقسمة إن نص رأس المال وفسخ العقد . حتى لو حصل بعد القسمة فقط نقص . . جبر بالربح المقسوم ؛ لبقاء العقد قبل الفسخ مع عدم التضيض .

قوله : (دون ظهور الربح) أي : فلا يملك حصته من الربح بمجرد ظهوره ؛ إذ لو ملك به . . لصار شريكاً في المال فيكون النقص الحادث بعد ذلك محسوباً عليهما ، وليس كذلك ، بل الربح وقاية لرأس المال ، وبه فارق عامل المساقاة فإنه يملك حصته من الثمار بالظهور ؛ لتعينه خارجاً فلم ينجر به نقص النخل ، ومع عدم ملك العامل هنا بالظهور له حق مؤكد فيه فيورث عنه ، ويتقدم به على الغرماء ، ويصح إعراضه عنه ويغرم له المالك بإتلافه المال أو استرداده .

قوله : (ويملك أيضاً بالفسخ من التصرف) أي : مع النضوض للمال وإن لم تحصل قسمة ؛ لارتفاع العقد والوثوق بحصول رأس المال ، والمراد به (النضوض) : مصير مال القراض من جنس رأس المال .

قوله : (وبالإتلاف) أي : إتلاف المالك للمال بنحو إعتاق أو إيلاد فيملك العامل به حصته من الربح ملكاً مستقراً ولو قبل قسمته ؛ لتأكد حقه فيه ، وألحق بالإتلاف التلف بأفة ، أما إتلاف الأجنبي . . فيبقى معه القراض في البدل المأخوذ ، وكذا إتلاف العامل على المعتمد ؛ لأن في إتلافه بدلاً قائماً مقام المبدل فلم يتضمن الفسخ ، بخلاف إتلاف المالك ، تأمل .

قوله : (فكل زائد عيني . .) إلخ ، مفرع على قول المتن : (ولا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة) .

(١) مغني المحتاج (٤٠٩/٢) .

حَصَلَ بِغَيْرِ تَصَرُّفِ الْعَامِلِ ؛ كَثْمَرَةِ مَالِ الْقَرَضِ ، وَنَتَاجِهِ ، وَبَدَلِ مَنَافِعِهِ . . لَا يَمْلِكُ شَيْئاً مِنْهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَلَا بَعْدَهَا ، بَلْ يَخْتَصُّ بِهَا الْمَالِكُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ فَوَائِدِ التَّجَارَةِ . (وَلِكُلِّ) مِنْ الْمَالِكِ وَالْعَامِلِ (فَسَخُهُ) لِأَنَّهُ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ ،

قوله : (حصل بغير تصرف العامل) أي : في مدة التبرص للبيع .

قوله : (كثمرة مال القراض) أي : وكسب رقيقه من صيد واحتطاب وقبول وصية وهبة .

قوله : (ونتاجه) أي : مال القراض أمة أو بهيمة .

قوله : (وبدل منافعه) أي : كأجرة الأراضي والدواب والمهر .

قوله : (لا يملك) أي : العامل .

قوله : (شيئاً منه) أي : من الزائد العيني .

قوله : (قبل القسمة ولا بعدها) أي : ولا يكون مال قراض أيضاً .

قوله : (بل يختص بها المالك) أي : فيفوز بها في الأصح ، وفارق ما مر في (زكاة التجارة)

أن الثمرة والنتاج مال تجارة ؛ بأن المعتبر فيما يزكى كونه من عين النصاب ، وهذان كذلك ، وهنا كونه بحذق العامل ، وهذان ونحوهما ليست كذلك ، تأمل .

قوله : (لأنه ليس من فوائد التجارة) أي : الحاصلة بتصرف العامل في مال التجارة بالبيع

والشراء ، بل هو ناشئ من عين المال من غير فعل العامل ، بخلاف الزائد غير العيني ؛ كتعلم صنعة وتعليم فهو مال قراض ، وكذا العيني [الذي] حصل بتصرفه ؛ بأن اشتراه مع الأصل ففي « التحفة » : (وخرج بالحاصلة من ذلك الظاهر في حدوثها منه : ما لو اشترى حيواناً حاملاً أو شجراً عليه ثمر لم يؤبر . . فإن الأوجه : أن الثمرة والولد مال قراض) انتهى^(١) ، وكذلك في « النهاية »^(٢) .

قوله : (ولكل من المالك والعامل فسخه) أي : عقد القراض متى شاء ولو في غيبة الآخر ،

ويحصل بقوله : فسخته ، أو : رفعته ، أو : لا تتصرف ، وباسترجاعه المال وبإعتاقه واستيلاده له ، قال في « التحفة » : (وبإنكاره له حيث لا غرض ، وإلا . . فلا ؛ كالوكالة ، وعليه يحمل تخالف « الروضة » و« أصلها ») انتهى^(٣) ، ونحوه في « النهاية »^(٤) .

قوله : (لأنه من العقود الجائزة) أي : فإن القراض في ابتدائه وكالة ، وانتهائه إما شركة أو

(١) تحفة المحتاج (٩٩/٦) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٣٧/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (١٠٠/٦) .

(٤) نهاية المحتاج (٢٣٩/٥) .

(وَيَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا ، أَوْ جُنُونِهِ ، أَوْ إِغْمَائِهِ) نظير ما مرَّ في الشَّرَكَةِ بَقِيْدِهِ . (وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ فِي الرِّبْحِ وَعَدَمِهِ) وَإِنْ أَخْبَرَ قَبْلَ الرِّبْحِ ؛ لِأَنَّ مَعَهُ الْأَصْلَ ،

جعالة ، وكلها عقود جائزة ، كذا في « المغني » وغيره^(١) ، وقوله : (وفي الانتهاء ...) إلخ ، إنما يتمشى على القول بأن العامل يملك حصته بالظهور ، والمعتمد : خلافه كما مر إلا أن يحمل على انتهاء بنحو فسخ ، فليتأمل .

قوله : (وينفسخ) أي : القراض ، قال ابن عبد السلام : (حقيقة الانفساخ : انقلاب كل من العوضين إلى دافعه ، والفسخ : قلب كل من العوضين إلى دافعه ؛ فهذا فعل الفاسخ ، والأول صفة العوضين) نقله في « حاشية الروض »^(٢) .

قوله : (بموت أحدهما) أي : المالك والعامل .

قوله : (أو جنونه أو إغمائه) أي : الأحد .

قوله : (نظير ما مر في الشركة ببقيده) أي : وهو قوله : (إلا إن قل الإغماء كما بين الصلاتين) انتهى ، ثم بعد الفسخ أو الانفساخ يلزم العامل استيفاء للدين ؛ لأنه ليس في قبضته ، ورد قدر رأس المال لمثله ؛ بأن ينضضه على صفته وإن كان قد باعه بنقد غير صفته أو لم يكن ربح ؛ لأنه في عهدة رد رأس المال كما أخذه ... إلخ . « شرح المنهج »^(٣) .

قوله : (والقول قول العامل) أي : بيمينه لا المالك ، وهذا شروع في بيان الاختلاف بينهما وما يقبل قول العامل فيه .

قوله : (في الربح وعدمه) أي : في قدر الربح وعدمه ؛ كقوله : لا أربح إلا كذا ، أو : لم أربح أصلاً .

قوله : (وإن أخبر قبل بالربح) لم أر هذه الغاية في غيره ، وانظرها مع قوله الآتي : (ولو قال : ربحت ثم قال : كذبت ... إلى قوله : لم يقبل) : هل بينهما منافاة أم لا ؟ ثم رأيت عبارته في « الفتح » هكذا : وفي خسر ممكن وإن أخبر قبله بربح ؛ لأنه أمين . انتهى^(٤) ، وهذه ظاهرة ؛ فلعل هنا سقطاً ، فحرر .

قوله : (لأن معه الأصل) أي : فإن الأصل : عدم الزيادة عما يدعيه العامل ، أو عدم الربح أصلاً .

(١) مغني المحتاج (٤١١/٢) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٣٨٩/٢) .

(٣) فتح الوهاب (٢٤٣/١) .

(٤) فتح الجواد (٥٨٠/١) .

(وَ) في نية (الشِّراءِ) لنفسه وإن كان مربحاً ، وللقراض وإن كان خاسراً ؛ لأنه أعرف بقصده
(وفي قدر رأس المال) وجنسه وصفته ، سواء كان في المال ربح أم لا ؛ لأن الأصل عدم دفع
الزائد ،

قوله : (وفي نية الشراء لنفسه وإن كان مربحاً) أي : والقول قول العامل في نية الشراء . . .
إلخ .

قوله : (وللقراض وإن كان خاسراً) أي : وفي نية الشراء للقراض . . . إلخ .

قوله : (لأنه أعرف بقصده) أي : العامل مع أنه مأمون ؛ تعليل للصورتين .

نعم ؛ محل تصديقه في الأولى إذا وقع العقد في الذمة ؛ لأن التعويل فيه على النية ، أما إذا وقع
الشراء بعين مال القراض . . فإنه يقع للقراض وإن نوى نفسه ؛ إذ لا أثر لنيته حينئذ ، وعليه : فتسمع
بينة المالك أنه اشتراه بمال القراض ؛ لما تقرر : أنه مع الشراء بالعين لا ينظر إلى قصده .

قوله : (وفي قدر رأس المال وجنسه وصفته) أي : والقول قول العامل بيمينه أيضاً في قدر
رأس المال . . . إلخ .

قوله : (سواء كان في المال ربح أم لا) هذا هو المعتمد ، وقيل : يتحالفان عند وجود الربح ،
ورد بأنه لم يقع الاختلاف في كيفية عقد ، بل في القبض فلم يحتج إلى التحالف ، بل يصدق
النافي ، تأمل .

قوله : (لأن الأصل : عدم دفع الزائد) أي : على ما قاله العامل فصدق لموافقته للأصل ، فلو
قارض اثنين على أن نصف الربح له والباقي بالسوية بينهما فربحاً ثم اختلفوا في قدر الأصل ؛ بأن قال
المالك : الأصل ألفان ، والموجود عند الاختلاف ألفان وصدق واحد منهما المالك ، وقال
الآخر : بل الأصل ألف فقط وأخذنا المصدق بإقراره وصدق المنكر بيمينه وهو يزعم أن الربح
ألف . . فله ربه ؛ لأنه نصيبه بزعمه ، والباقي يأخذه المالك ، فإن كان الموجود عند الاختلاف
ثلاثة آلاف . . فللمنكر الحالف خمس مئة ؛ لأنه نصيبه بزعمه ، وللمالك ألفان عن رأس المال ؛
لاتفاقه مع المعترف عليه ، وثلاثا خمس مئة عن الربح ، والباقي منهما للمقر ؛ لاتفاقهم على أن
ما يأخذه المالك من الربح مثلاً ما يأخذه كل من العاملين ، وما أخذه المنكر في حكم التالف ، وقد
ذكر هذه المسألة في « البهجة » فقال :

[من الرجز]

ألفان مالي ثم قال الشخص لك
فللجحد ربع ألف يصفو
حاصلة فجعلوا للنافي

قارض شخصين وقال من ملك
ما قلته والثان قال ألف
وإن تجد ثلاثة الآلاف

(وَفِي التَّلْفِ وَالرَّدِّ) لِمَالِ الْقَرَضِ إِذَا أَدَّعَاهُ - وَلَوْ بَعْدَ إِخْبَارِهِ بِالرَّيْحِ - وَأَنْكَرَهُ الْمَالِكُ كَالْوَدِيعِ ؛
بِجَامِعِ أَنَّ الْمَالِكَ أَثْمَنَهُ لِمَصْلَحَتِهِ ، وَأَنْتَفَاعُ الْعَامِلِ إِنَّمَا هُوَ بِالْعَمَلِ دُونَ الْعَيْنِ ، وَبِهِ فَارَقَ الْمُسْتَأْجِرُ
وَالْمُرْتَهَنَ ؛ إِذْ لَا يُصَدَّقَانِ ، كَمَا مَرَّ فِي الرَّدِّ ،

خمس مئة وثلاثها للمعترف أشبه ما يأخذ ناف ما تلف^(١)

قوله : (وفي التلف والرد) أي : والقول قول العامل أيضاً في دعوى التلف والرد .
قوله : (لِمَالِ الْقَرَضِ إِذَا أَدَّعَاهُ) أي : التلف أو الرد اتفاقاً في الأول وعلى الأصح في الثاني ،
وقيل فيه : إنه كالمُرْتَهَنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ ، وسيأتي إشارة إلى جوابه .
قوله : (وَلَوْ بَعْدَ إِخْبَارِهِ بِالرَّيْحِ) الغاية للتعميم ؛ أي : سواء كان دعواه التلف أو الرد قبل
الإخبار بالربح أم بعده ، وفي « الجمل » عن القليوبي : (وكذا فيما لو قال : رددت إليك المال
وحصته من الربح وهذا الذي في يدي حصتي .. فإنه يصدق كما قاله الإمام ، وهو المعتمد وإن
خالف الأصح في الشركة) انتهى^(٢) .

قوله : (وَأَنْكَرَهُ الْمَالِكُ) أي : أنكر التلف أو الرد المالك ، فهو عطف على (ادعاه) .
قوله : (كَالْوَدِيعِ) أي : فإنه يصدق في دعواه تلف المودع أو رده إلى المالك .
قوله : (بِجَامِعِ أَنَّ الْمَالِكَ أَثْمَنَهُ) أي : الوديع ، فلو ثنى الضمير ليكون راجعاً إليه وإلى
العامل .. لكان أحسن .

قوله : (لِمَصْلَحَتِهِ) أي : المالك ؛ فالعامل أمين كالوديع ، قال في « التحفة » : (ومن ثم
ضمن بما يضمن به ؛ كأن خلط مال القراض بما لا يتميز به ، ومع ضمانه لا ينعزل كما مر .. فيقسم
الربح على قدر المالين)^(٣) .

قوله : (وَأَنْتَفَاعُ الْعَامِلِ إِنَّمَا هُوَ بِالْعَمَلِ دُونَ الْعَيْنِ) يعني : أن العامل إنما أخذ العين لمنفعة
المالك ، وانتفاعه هو ليس بها بل بالعمل فيها .

قوله : (وَبِهِ) أي : بقوله : (وانتفاع العامل ...) إلخ .
قوله : (فَارَقَ الْمُسْتَأْجِرُ وَالْمُرْتَهَنَ ؛ إِذْ لَا يُصَدَّقَانِ كَمَا مَرَّ فِي الرَّدِّ) أي : لكونهما أخذاً العين
لمنفعة أنفسهما ، وهي الترتيق بالنسبة للمرتهن ، والانتفاع بالمؤجر بالنسبة للمستأجر ، ومن ثم
قالوا : كل أمين ادعى الرد على من أثمنه .. يصدق بيمينه إلا المرتهن والمستأجر .

(١) بهجة الحاوي (ص ١٢٠ - ١٢١) .

(٢) فتوحات الوهاب (٣ / ٥٢٣) .

(٣) تحفة المحتاج (٦ / ١٠٤) .

ولو ذكر سبباً للتلف . . يأتي فيه تفصيل الوديعة . نعم ؛ إن أخذ ما لا يمكنه القيام به . . ضمن ما تلف منه ؛ لتفريطه بأخذه ، وكذا سائر الأمانة ، ولو قال : ربح ، ثم قال : كذبت لئلا ينزع المال من يدي ، أو غلطت في الحساب

قوله : (ولو ذكر) أي : العامل .

قوله : (سبباً للتلف) أي : تلف مال القراض عنده .

قوله : (يأتي فيه تفصيل الوديعة) أي : فإن كان السبب خفياً ؛ كسرقة ، أو ظاهراً ؛ كحريق عرف دون عمومته . . حلف ؛ فإن عرف عمومته ولم يتهم . . فكذا ، وإن جهل . . طوب بالبينة ثم يحلف أنه تلف به .

قوله : (نعم ؛ إن أخذ) أي : العامل .

قوله : (ما لا يمكنه القيام به) أي : لكثرتة مثلاً .

قوله : (ضمن ما تلف منه) أي : حيث كان التلف بعد عمله فيه كما قيد به الرشدي أخذاً من نص البويطي ، ولفظه : (وإذا أخذ ما لا يقوى مثله على عمله فيه ببذنه فعمل به فضاع . . فهو ضامن ؛ لأنه مضيع) انتهى^(١) .

قوله : (لتفريطه بأخذه) أي : ما لا يمكنه القيام به ، وظاهر ذلك الضمان : وإن علم المالك عجزه ، قال (سم) : (وفيه شيء ؛ لتفريط المالك بتسليمه مع علمه)^(٢) ، وفي « البجيرمي » : (وقيد الأذرع بما إذا ظن المالك قدرته على جميعه أو جهل حاله ، أما إذا علم حاله . . فلا ضمان)^(٣) .

قوله : (وكذا سائر الأمانة) أي : كالوكيل والوديع والوصي فإنهم إن أخذوا ما لا يمكنهم القيام به . . ضمنوا ما تلف ؛ لأنهم مقصرون بالأخذ .

قوله : (ولو قال) أي : العامل .

قوله : (ربح ثم قال : كذبت) أي : فيما قلت .

قوله : (لئلا ينزع المال من يدي) أي : إنما قلت أولاً بأني ربح ؛ مخافة أن ينزع المالك ماله مني .

قوله : (أو غلطت في الحساب) أي : أو ثم قال : غلطت في الحساب ، إنما الربح كذا ، أو : تبينت أن لا ربح .

(١) حاشية الرشدي (٢٤٣/٥) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٠٤/٦) .

(٣) تحفة الحبيب (١٦٣/٣ - ١٦٤) .

لم يُقبلُ قوله وإنْ ذَكَرَ شُبْهَةً . نَعَمْ ؛ لَهُ تَحْلِيفُ الْمَالِكِ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ شُبْهَةً ، وَبَعْدَ هَذَا يَقْبَلُ دَعْوَاهُ تَلْفًا أَوْ خُسْرَانًا مُمَكَّنًا . (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْمَشْرُوطِ) لِلْعَامِلِ مِنَ الرِّبْحِ (. . تَحَالَفًا) كَالْمَتَبَاعِينَ ، ثُمَّ يَفْسَخُ أَحَدُهُمَا أَوْ الْحَاكِمُ ،

قوله : (لم يقبل قوله) أي : العامل في الصورتين .

قوله : (وإن ذكر شبهة) أي : لأنه أقر بحق لغيره فلم يقبل رجوعه عنه . « تحفة »^(١) .

قوله : (نعم ؛ له) أي : يجوز للعامل .

قوله : (تحليف المالك وإن لم يذكر شبهة) أي : لاحتمال ما ادعاه ، وأشار بالغاية إلى خلاف فيه ؛ ففي « الأسنى » : (وهل له تحليف المالك ، أو لا ؟ وجهان ، قال الماوردي : محلها إذا لم يذكر شبهة ، وإلا . . فله ذلك قطعاً . انتهى) ، وأوجه الوجهين ما جزم به ابن سريج وابن خيران : أن له ذلك ؛ لإمكان قوله (انتهى)^(٢) .

قوله : (وبعد هذا) أي : ما ذكر من قوله : (ربح) ودعواه الكذب أو الغلط .

قوله : (يقبل دعواه) أي : العامل بيمينه .

قوله : (تلفاً) أي : أو سرقة .

قوله : (أو خسراناً ممكناً) أي : مثل أن يعرض في الأسواق كساده ، قال في « الفتح » : (وهو على أمانته ؛ لأنه لم يتعد في المال ، فإن لم يمكن . . لم يقبل ؛ كما لو فسر الخسر بتلف أو سرقة)^(٣) .

قوله : (ولو اختلفا) أي : المالك والعامل .

قوله : (في المشروط للعامل من الربح) أي : القدر المشروط له منه ؛ كأن قال العامل شرطت لي نصف الربح ، فقال المالك : بل الثلث .

قوله : (تحالفا كالمتبايعين) أي : لاختلافهما في عوض العقد مع اتفاقهما على صحته ، فأشبهه اختلاف المتبايعين في قدر الثمن .

قوله : (ثم يفسخ أحدهما أو الحاكم) أي : فلا يفسخ بالتحالف ، بل يفسخانه أو أحدهما أو الحاكم كما في « زيادة الروضة » عن « البيان » وإن أشعر كلام المصنف بأنه يفسخ بمجرد التحالف ، وصرح به الروياني . انتهى « مغني »^(٤) .

(١) تحفة المحتاج (١٠٣/٦) .

(٢) أسنى المطالب (٣٩١/٢) .

(٣) فتح الجواد (٥٨٠/١) .

(٤) مغني المحتاج (٤١٤/٢) .

ثُمَّ يَخْتَصُّ الْمَالِكُ بِالرَّيْحِ أَوْ الْخُسْرَانِ (وَلَهُ) أَي : لِلْعَامِلِ (أَجْرَةُ الْمِثْلِ) وَإِنْ زَادَتْ عَلَى مُدَّعَاهُ .
نَعَمْ ؛ لَوْ كَانَ الْقِرَاضُ لِمَحْجُورِهِ وَمُدَّعَى الْعَامِلِ دُونَهَا . . . فَلَا تَحَالَفَ ، وَلَوْ تَلَفَ الْمَالُ فَأَدَّعَى
الْمَالِكُ أَنَّهُ قَرْضٌ ، وَالْعَامِلُ أَنَّهُ قِرَاضٌ . . . صُدِّقَ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الضَّمَانِ ،

قوله : (ثم يختص المالك بالربح أو الخسران) أي : فلا علة للعامل فيهما .

قوله : (وله ؛ أي : للعامل) أي : على المالك .

قوله : (أجره المثل) أي : لعمله .

قوله : (وإن زادت على مدعاه) أي : لأن مقتضى التحالف والفسخ رجوع كل من العوضين
لصاحبه ، فإن تعذر . . فقيمته وقد رجع المال وربحه للمالك ، وقياسه : رجوع العمل للعامل ،
لكنه تعذر فأوجبنا قيمته وهي الأجرة . انتهى « أسنى »^(١) .

[قوله] : (نعم ؛ لو كان القراض لمحجوره) أي : محجور المالك من نحو صبي .

قوله : (ومدعى العامل دونها) أي : والحال أن الذي ادعاه العامل من الحصة دون أجره
المثل .

قوله : (فلا تحالف) أي : فلا حاجة إلى التحالف كنظيره من الصداق ، كذا في « الغرر »^(٢) ،
قال (سم) : (قد يقال : بل يمتنع)^(٣) .

قوله : (ولو تلف المال) أي : في يد العامل .

قوله : (فادعى المالك أنه قرض) أي : دين فيلزمه رد مثله .

قوله : (والعامل أنه قراض) أي : وادعى العامل أنه قراض فلا يلزمه شيء .

قوله : (صدق) أي : العامل بيمينه كما أفتى به ابن الصلاح كالغبوي ، وخالفهما الزركشي
فرجح تصديق المالك ، وتبعه غير واحد ، وجمع بعضهم بحمل الأول على ما إذا كان التلف قبل
التصرف ؛ لأنهما حينئذ اتفقا على الإذن واختلفا في شغل الذمة ، والأصل : براءتها ، وحمل الثاني
على ما إذا كان بعد التصرف ؛ لأن الأصل في التصرف في مال الغير : أنه يضمن ما لم يتحقق
خلافه ، والأصل : عدمه . انتهى من « التحفة »^(٤) .

قوله : (لأن الأصل : عدم الضمان) أي : مع أنهما متفقان على جواز التصرف ، قال في

(١) أسنى المطالب (٢/٣٩٢) .

(٢) الغرر البهية (٦/٢٠٠) .

(٣) حاشية ابن قاسم على الغرر (٦/٢٠٠) .

(٤) تحفة المحتاج (٦/١٠٤-١٠٥) .

فَإِنْ أَقَامَا بَيْنَتَيْنِ .. قُدِّمَتْ بَيْنَةُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّ مَعَهَا زِيَادَةَ عِلْمٍ . وَلَوْ اُخْتَلَفَا فِي أَنَّهُ وَكِيلٌ أَوْ عَامِلٌ ..
صُدِّقَ الْمَالِكُ ، وَلَا أَجْرَةَ عَلَيْهِ لَهُ .

(فَضْلٌ)

فِي الْمُسَاقَاةِ

« التحفة » : (أما قبل التلف .. فيصدق المالك - أي : اتفاقاً - لأن العامل يدعي عليه الإذن في التصرف وحصته من الربح ، والأصل : عدمهما ، ولا ينافي هذا ما مر آخر العارية من تصديق المالك في الإجارة دون الأخذ في العارية ؛ لاتفاقهما ثم على بقاء ملك المالك ، وإنما اختلفا في أن انتفاعه مضمون ، والأصل في الانتفاع بملك الغير : الضمان) تأمل^(١) .

قوله : (فَإِنْ أَقَامَا) أي : المالك والعامل .

قوله : (بَيْنَتَيْنِ) أي : بعد التلف كما هو فرض المسألة .

قوله : (قُدِّمَتْ بَيْنَةُ الْمَالِكِ) أي : على أحد وجهين رجحه أبو زرعة وغيره ، وقال بعضهم : الحق التعارض ؛ أي : فيأتي فيه ما مر عند عدم البينة من تصديق العامل أو المالك .
قوله : (لِأَنَّ مَعَهَا) أي : مع بينة المالك .

قوله : (زِيَادَةَ عِلْمٍ) أي : لإفادتها شغل الذمة ، بخلاف بينة العامل فهي مستصحبة لأصل البراءة ، وبينة المالك ناقلة فقدمت على المستصحبة .

قوله : (وَلَوْ اُخْتَلَفَا) أي : المالك والعامل .

قوله : (فِي أَنَّهُ وَكِيلٌ أَوْ عَامِلٌ) كأن قال العامل : قارضتني ، فقال المالك : بل وكلتك .

قوله : (صَدَّقَ الْمَالِكُ) أي : بيمينه ؛ لأن الأصل : عدم مقابلة العمل بشيء .

قوله : (وَلَا أَجْرَةَ عَلَيْهِ لَهُ) أي : يعني : إذا حلف المالك .. أخذ المال وربحه ولا شيء عليه للآخر ، فلو أقاما بينتين .. قدمت بينة العامل كما استظهره في « الأسنى » لأن معها زيادة علم^(٢) ، والله سبحانه وتعالى أعلم

* * *

قوله : (فَصْلٌ : فِي الْمُسَاقَاةِ) لما شابها القراض في العمل في شيء ببعض نمائه وجهالة العوض والإجارة في اللزوم والتأقيت .. جعلت بينهما وترجم لها المصنف بالفصل ، قال في

(١) تحفة المحتاج (١٠٥/٦) .

(٢) أسنى المطالب (٣٩٢/٢) .

وهي : أَنْ يُعَامَلَ غَيْرُهُ عَلَى تَعَهُدِ نَخْلٍ أَوْ شَجَرٍ عَنِيبٍ بِالسَّقْيِ وَالتَّرْبِيَةِ ، وَتَكُونُ الثَّمَرَةُ الْحَادِثَةُ أَوْ الْمَوْجُودَةُ لَهُمَا بِشُرُوطِ تَأْتِي . وَإِنَّمَا (تَصِحُّ الْمَسَاقَاةُ عَلَى النَّخْلِ)

« التحفة » : (والأصل [فيها] قبل الإجماع : معاملته صلى الله تعالى عليه وسلم يهود خيبر على نخلها وأرضها بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع رواه الشيخان^(١) ، والحاجة ماسة إليها ، والإجارة فيها ضرر بتغريم المالك حالاً مع أنه قد [لا] يطلع شيء ، وقد يتهاون الأجير في العمل لأخذ الأجرة ، وبالعن ابن المنذر في رد مخالفة أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فيها ، ومن ثم : خالفه أصحابه ، وزعم أن المعاملة مع الكفار تحتل الجهالات.. مردود بأن أهل خيبر كانوا مستأمنين^(٢) .

قوله : (وهي) أي : المساقاة مشتقة من السقي المحتاج إليه فيها غالباً ، ولا سيما في الحجاز فإنهم يسقون من الآبار ، لأنه أنفع أعمالها وأكثرها مؤنة .

قوله : (أن يعامل غيره) أي : بصيغة مخصوصة .

قوله : (على تعهد نخل أو شجر عنيب) أي : لا غيرهما .

قوله : (بالسقي والتربة) متعلق بـ(تعهد) .

قوله : (وتكون الثمرة الحادثة أو الموجودة لهما) أي : المالك والعامل .

قوله : (بشروط تأتي) أي : وأركان ، وهي ستة : عاقدان ، ومورد ، وعمل ، وثمر ، وصيغة ، ولا يشكل عد العمل والثمر ركنين بأن حقيقة المساقاة العقد المخصوص ، وهما خارجان عنه ؛ لأن المراد التزامهما واشتراطهما لا أنفسهما ، نظير ما مر في (القراض) .

قوله : (وإنما تصح المساقاة على النخل) أي : ولو ذكوراً كما اقتضاه إطلاقه ، وصرح به الخفاف ، وقد ينازع فيه بأنه ليس في معنى المنصوص عليه وبأنه بناء على اختياره للقديم الآتي . « نهاية »^(٣) .

قال ابن قاسم : (كأن وجه النفي : أنه لا يوجد فيه وجوب الزكاة وإمكان الخرص ، إلا أن يقال : هذا باعتبار ما من شأنه باعتبار الجنس ويدعي شمول الثمر في لفظ النص لطلع الذكور ، وحيث لا يلزم بناء هذا على القديم) انتهى^(٤) ، قال الحلبي : (وذكر أهل الخبرة أن ذكور النخل قد تثمر) .

(١) صحيح البخاري (٢٣٣٨) ، صحيح مسلم (١٥٥١) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٢) تحفة المحتاج (١٠٦/٦ - ١٠٧) .

(٣) نهاية المحتاج (٢٤٦/٥) .

(٤) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٠٧/٦ - ١٠٨) .

لِلنَّصِّ ، (وَالْعِنَبِ) بِالْقِيَاسِ عَلَيْهِ بِجَامِعِ وَجوبِ الزَّكَاةِ ، وَتَأْتِي الْخَرْصُ فِيهِمَا ، بِخِلَافِ سَائِرِ الزَّرُوعِ وَالْبَقُولِ وَالْأَشْجَارِ كَالْمَقْلِ

قوله : (للنص) أي : وهو ما مر في خبر الشيخين .

قوله : (والعنب) أي : شجر العنب وتعبيره به أولى من تعبير « البهجة » كـ « الحاوي » (بـ الكرم) ^(١) لورود النهي عن تسميته به ؛ ففي « صحيح مسلم » : قال صلى الله تعالى عليه وسلم : « لا تسمو العنب كرمًا ، إنما الكرم الرجل المسلم » ^(٢) .

قوله : (بالقياس عليه) أي : على النخل ؛ بناء على جواز القياس في الرخص ، وهو الأصح في « جمع الجوامع » ، وقيل : إن الشافعي رضي الله تعالى عنه أخذه من النص ؛ وهو أن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من النخل والكرم . انتهى « حاشية الروض » ^(٣) .

قوله : (بجوامع وجوب الزكاة وتأتي الخرص فيهما) أي : في ثمرة النخل والعنب ، فجوزت المساواة فيهما سعيًا في تثميرهما ؛ رفقاء بالمالك والعامل والمساكين .

قوله : (بخلاف سائر الزروع والبقول والأشجار) أي : المثمرة ؛ كالخوخ والمشمش ، وغيرها ؛ كـالخلافة فلا تصح المساواة فيها ؛ لعدم وجوب الزكاة مع عدم تأتي الخرص في ثمرتها ، وأيضاً : فإن ثمار النخل والعنب لا تنمو إلا بالعمل ، وغيرها ينمو من غير تعهد ، واختار النووي صحتها على سائر الأشجار المثمرة ^(٤) ، وهو القول القديم ؛ لقوله في الخبر السابق : (من ثمر أو زرع) ، ولعموم الحاجة .

قوله : (كالمقل) أي : الدوم كما في « ع ش » ^(٥) ، والذي في « القاموس » : (أن المقل ثمر شجر الدوم) ^(٦) ، وأشار بالتمثيل إلى نزاع الأسنوي فيه فإنه قال : (الفتوى على الجواز ؛ فقد نص عليه الشافعي كما نقله التناضي أبو الطيب) ^(٧) ، لكن الذي رجحه الشيخان : عدم الجواز ^(٨) ،

(١) بهجة الحاوي (ص ١٢١) ، الحاوي الصغير (ص ٣٧٢) .

(٢) صحيح مسلم (٢٢٤٧) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) حواشي الرمي على شرح « روض » (٣٩٣ / ٢) .

(٤) تصحيح التنبيه (٣٧٣ / ١) .

(٥) حاشية الشبرايملي (٢٤٧ / ٥) .

(٦) القاموس المحيط (٦٩ / ٤) ، مادة : (مقل) .

(٧) المهمات (١٢٠ / ٦) .

(٨) روضة الطالبين (١٥٠ / ٥) .

(بِشْرَطِ أَنْ تَكُونَ الثَّمَرَةُ لِلْمُتَعَاقِدَيْنِ) دُونَ غَيْرِهِمَا ، (وَالْعِلْمُ بِالنَّصِيبِ الْمَشْرُوطِ) وَتَقْدِيرُهُ بِالْجُزْئِيَّةِ ؛ نَظِيرَ مَا مَرَّ فِي الشَّرْطِ الثَّلَاثَةِ فِي رِبْحِ الْقَرَاظِ

والنص المنقول يحتمل أن يكون من القديم .

قوله : (بشرط أن تكون الثمرة للمتعاقدين دون غيرهما) أي : بأن تكون مختصة بهما مشتركة بينهما ، فلا يجوز شرط بعضها لغيرهما ولا شرط كلها لأحدهما ، وخرج بـ (الثمرة) : الجريد والكرفان والليف فلا تكون مشتركة بينهما ، بل يختص بها المالك ، ولو شرط جعلها بينهما . . لم تصح على المعتمد ؛ لأنه خلاف قضيتها ، وكما لو شرطت للعامل .

قوله : (والعلم) أي : وبشرط علم المتعاقدين .

قوله : (بالنصيب المشروط) أي : للعامل .

قوله : (وتقديره بالجزئية) أي : وإن قل ؛ كجزء من ألف ، ولو ساقاه على نوع ؛ كصيحاني بالنصف ، وعلى نوع آخر ؛ كعجوة بالثلث . . صح العقد إن عرفا قدر كل منهما ، وإلا . . فلا ؛ لما فيه من الغرر فإن المشروط فيه الأقل قد يكون أكثر ، بخلاف ما لو ساقاه على النصف من كل منهما . . يجوز وإن جهلا قدرهما ، والفرق : أن قدر حقه في هذه معلوم بالجزئية ، وإنما المجهول النوع والصفة ، وفي تلك القدر مجهول أيضاً ؛ لاحتمال اختلاف ثمرة النوعين في القدر فيكون قدر ماله من ثمرة الكل مجهولاً ؛ لأن المستحق على تقدير نصف الأكثر وثلث الأقل وعلى تقدير بالعكس والأول أكثر من الثاني ، أفاده في « الأسنى »^(١) .

قوله : (نظير ما مر في الشروط الثلاثة في ربح القراض) أي : فيأتي هنا جميع ما مر ثم ، ومنه : الصحة فيما إذا قال : بيننا ، وفيما إذا قال : على أن لك النصف لائي ، ويصح مساقاة أحد الشركاء أجنياً على نصيبه ولو بغير إذن الآخرين على ما اعتمده في « الفتح » و« الأسنى »^(٢) ، ولو ساقوا أجنياً . . لم تشترط معرفته بحصة كل منهم ، إلا إن تفاوتوا في المشروط له . . فتشترط معرفته بحصة كل منهم ، فلو كانت حديقة بين ستة أسداساً فساقوا رجلاً على أن له من نصيب واحد عينوه النصف ومن الثاني الربع ومن الثالث الثمن ومن الرابع الثلثين ومن الخامس الثلث ومن السادس السدس . . فالعمل فيه : أن تضرب مخرج الكسور - وهو أربعة وعشرون - في عدد الشركاء تبلغ مئة وأربعة وأربعين لكل منهم أربعة وعشرون ؛ فللعامل من نصيب كل ما شرط له فيجمع له تسعة وأربعون .

(١) أسنى المطالب (٢/٣٩٤) .

(٢) فتح الجواد (١/٥٨٢) ، أسنى المطالب (٢/٣٩٤-٣٩٥) .

(وَأَنْ يَكُونَ الْعَاقِدَانِ جَائِزِي التَّصَرُّفِ) نظير ما مرَّ في عاقدي القراض ، ومن ثمَّ : جاز للإمام أو نائبه أن يساقى فيما جهل مالكة أو غاب . (وَتَصِحُّ) الْمَسَاقَاةُ (مِنَ الْوَلِيِّ) ولو غير أب وجدٍّ (لِمَحْجُورِهِ) نظير ما مرَّ في القراض

قوله : (وأن يكون العاقدان) أي : وبشرط أن يكون... إلخ ، فهو عطف على (أن تكون الشجرة...) إلخ .

قوله : (جائزي التصرف) أي : بأن يكونا رشيدين مختارين .

قوله : (نظير ما مر في عاقدي القراض) أي : فلا يصح أن يكون واحد منهما سفيهاً ولا صبيّاً ولا مجنوناً ولا رقيقاً بغير إذن سيده .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل أن العاقدين هنا كعاقدي القراض .

قوله : (جاز للإمام أو نائبه) أي : بطريق الولاية العامة .

قوله : (أن يساقى فيما جهل مالكة أو غاب) أي : وبساتين بيت المال ، قال (ع ش) : (فلو تبين المالك بعد ذلك .. هل يصح التصرف أم لا ؟ فيه نظر ، والأقرب : الأول ؛ لأن الإمام نائب المالك ، ثم إن كانت الثمرة باقية .. أخذها ، وإلا .. رجع على بيت المال)^(١) ، قال الزركشي : (ومقتضى كلام الماوردي : أنه ليس لعامل القراض المساقاة فإن عمله في حق المالك لا في حق نفسه ، بخلاف المساقى) .

قوله : (وتصح المساقاة من الولي) أي : عند المصلحة .

قوله : (ولو غير أب وجد) أي : كوصي وقيم ، وفي معنى الولي ناظر الوقف .

قوله : (لمحجوره) أي : من صبي ومجنون وسفيه .

قوله : (نظير ما مر في القراض) أي : فإنه يجوز للولي أن يقارض مال موليه ؛ للاحتياج إليه . قال في « النهاية » : (وأفتى ابن الصلاح بصحة إجارة ولي لبياض أرض موليه بأجرة هي مقدار منفعة الأرض وقيمة الثمر ، ثم مساقاة المستأجر بسهم للمولى عليه من ألف سهم بشرط ألا يعد ذلك عرفاً غبناً فاحشاً في عقد المساقاة ؛ بسبب انضمامه لعقد الإجارة ، وكونه نقصاً مجبور بزيادة في الأجرة موثوق بها عادة ، ورد البلقيني له بما حاصله : أنهما صفتان متباينتان فلا تنجبر إحداهما بالأخرى .. مردود كما قاله الولي العراقي بأنه لم يزل يرى عدول النظار والقضاة والفقهاء يفعلون ذلك ويحكمون به ، وبأنهم اغتفروا الغبن في أحد العقدين لاستدراكه بالآخر ؛ لتعين المصلحة فيه

(وَأَنْ يَكُونَ الْمَالُ) معيناً في العقدِ مرثياً لهُمَا عندهُ (مَغْرُوساً) فَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى وَدْيٍ لِيُغْرِسَهُ فِي أَرْضِهِ ، وَيَكُونَ الشَّجَرُ وَالشَّمْرُ بَيْنَهُمَا . . . لَمْ يَصِحَّ ؛

المرتّب على تركها ضياع الشجر والشمر (انتهى^(١)) ، ومثله في « التحفة »^(٢) .

قال ابن قاسم : (قد يقال : إن كان الحال بحيث لو لم ينضم أحد العقدين إلى الآخر يحصل من مجموعهما أكثر مما يحصل مع الانضمام . . فالوجه : امتناع ما ذكره ابن الصلاح ، وإن كان بحيث لو لم يحصل هذا الضم حصل أقل أو تعطل أحد العقدين ولم يرغب فيه . . فالوجه : جواز ما ذكر ، بل وجوبه ، وقد يشير إلى ذلك [قوله] : لتعين المصلحة . . .) إلخ^(٣) ، قال الشرواني : (بقي ما لو تساوى الحاصلان ولم يخف التعطل ، ولعل الأقرب حينئذ : عدم الجواز ؛ لعدم المصلحة)^(٤) .

قوله : (وأن يكون المال معيناً في العقد) أي : وبشرط أن يكون المال - يعني : النخل أو شجر العنب - معيناً في العقد ، فهو عطف أيضاً على (أن تكون الثمرة . . .) إلخ .

قوله : (مرثياً لهما عنده) أي : للعاقدين عند العقد ، فلا تصح المساقاة على أحد الحائطين أو على غير المرثي لهما ؛ للجهل بالمعقود عليه ، ولأنه عقد غرر من حيث إن العوض معدوم في الحال وهما جاهلان بقدر ما يحصل وبصفاته فلا يحتمل ضم غرر آخر ، وظاهر : أنه لا يأتي هنا ما مر في (القراض) من الاكتفاء بالرؤية والتعيين في مجلس العقد ؛ لأن ذاك عقد جائز وربحه من تصرف العامل ، وهذا لازم كالإجارة وربحه من عين الأصل فاحتيط له . انتهى من « الأسنى »^(٥) .

قوله : (مغروساً) أي : لتكون المساقاة على أصل ثابت .

قوله : (فَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى وَدْيٍ) أي : غير مغروس ، وهو بفتح الواو وكسر الدال وتشديد الياء :

صغار النخل ، ويسمى : الفسيل .

قوله : (ليغرسه في أرضه) أي : العامل ويتعهده .

قوله : (ويكون الشجر والشمر بينهما) أي : المالك والعامل .

قوله : (لم يصح) أي : اتفاقاً عندنا ، بل حكى بعضهم إجماع الأمة على ذلك ، قالوا في

« التحفة » و « النهاية » : (لكنه معترض بأن قضية كلام جمع من السلف جوازها)^(٦) .

(١) نهاية المحتاج (٢٤٥/٥ - ٢٤٦) .

(٢) تحفة المحتاج (١٠٧/٦) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٠٧/٦) .

(٤) حاشية الشرواني (١٠٧/٦) .

(٥) أسنى المطالب (٣٩٤/٢) .

(٦) تحفة المحتاج (١١٣/٦) ، نهاية المحتاج (٢٥٣/٥) .

لأنَّ الغرسَ ليسَ مِنْ أَعْمَالِ الْمَسَاقَاةِ ، ثُمَّ إِنْ تَوَقَّعَتِ الثَّمَرَةُ فِي الْمُدَّةِ الْمَعِينَةِ . . فَلَهُ أَجْرُهُ عَمَلِهِ عَلَى الْمَالِكِ ، وَكَذَا أَجْرُهُ أَرْضِهِ ؛ وَإِلَّا . . فَلَا . ولو كَانَ الْغِرَاسُ لَهُ وَالْأَرْضُ لِلْمَالِكِ . . لَزِمَهُ أَجْرُهَا ، وَإِلَّا تَكُونُ بَعْدَ بَدْوِ الصَّلَاحِ ؛

قوله : (لأن الغرس ليس من أعمال المساقاة) أي : فضمه إليها كضم غير التجارة إلى عمل القراض ، ومقتضى هذا التعليل : أنه لو عقد على ودي ليغرسه المالك ويتعهده العامل بعد . . لم يمتنع ، قيل : إنه غير مراد ، لكن قال (ع ش) : (لو قيل بالصحة فيما لو عقد عليه غير مغروس ، أو مغروساً بمحل ؛ كالشتل على أن ينقله المالك ويغرسه في غيره ويعمل فيه العامل . . لم يبعد ؛ لأنه لم يشترط فيه على العامل ما ليس عليه) فليتأمل^(١) .

قوله : (ثم إن توقعت الثمرة في المدة المعينة) يعني : فإن وقع ذلك وعمل العامل وكانت الثمرة متوقعة في تلك المدة .

قوله : (فله) أي : للعامل .

قوله : (أجره عمله على المالك) أي : وكذا أجره آلاته ، والشجر والثمر للمالك .

قوله : (وكذا أجره أرضه) أي : إن كانت الأرض للعامل .

قوله : (وإلا . . فلا) أي : وإن لم تتوقع الثمرة في تلك المدة . . فلا أجر له على المالك في الأصح ، قال في « حاشية الروض » : (قيد الإمام عدم الأجرة بما إذا علم أنه لا ينمو في تلك المدة ، فإن ظن إثماره . . فالذي ذهب إليه الأئمة : أنه يستحق قطعاً ؛ لمكان ظنه ، وقيل : يطرد الخلاف^(٢)) .

قوله : (ولو كان الغراس له) أي : العامل .

قوله : (والأرض للمالك) أي : المساقى له .

قوله : (لزمه أجرها) أي : الأرض لمالكها ، ويأتي في القلع والإبقاء هنا ما مر في العارية من تخيير مالك الأرض بين تبقي الشجر بالأجرة وتملكه بالقيمة وقلعه مع غرم أرش نقصه .

قوله : (وإلا تكون) أي : وبشرط ألا تكون المساقاة .

قوله : (بعد بدو الصلاح) أي : فلو كانت المساقاة بعد بدو صلاح الثمرة ولو البعض كما في البيع . . لم تصح قطعاً ، وظاهر كلامهم هنا : عدم تأتي تفريق الصفقة فيما لو بدا صلاح البعض ،

(١) حاشية الشيرازي (٢٥٢/٥) .

(٢) حواشي الرمي على شرح الزرعي (٣٩٤/٢) .

لفواتٍ معظمِ أعمالِها حينئذٍ ، بخلافِها قبلَهُ ولو بعدَ وجودِ الثَّمَرَةِ . (وَأَنْ يَكُونَ بِإِيجَابٍ)
كساقيتُكَ ، أو عاملتُكَ على هَذَا ، أو سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ لِتَتَعَهَّدَهُ بِكَذَا (وَقَبُولٍ)

ويوجه بأن ما لا يبدو صلاحه تابع لما بدا صلاحه ، فيبطل في الجميع ، فليتأمل .

قوله : (لفوات معظم أعمالها) أي : المساقاة .

قوله : (حينئذ) أي : حين إذ بدا صلاح الثمر .

قوله : (بخلافها قبله) أي : بدو الصلاح .

قوله : (ولو بعد وجود الثمرة) أي : فتصح المساقاة حينئذ إذا جعل عوض المال من الثمرة الموجودة ؛ لبقاء معظم الأعمال ، ولأنه أبعد عن الغرر للوثوق بالثمار ، فهو أولى بالجواز مما قبل وجود الثمرة ، قال في « التحفة » : (ولوقوع الآفة فيه كثيراً نزل منزلة المعدوم ، فليس اشتراط جزء منه كاشتراط جزء من النخل)^(١) .

قوله : (وأن يكون بإيجاب ...) إلخ ؛ أي : ويشترط أن تكون المساقاة بإيجاب من المالك .

قوله : (كساقيتك ، أو عاملتك على هذا) أي : النخل أو العنب بكذا من ثمره ؛ لأنه الموضوع لها فلا بد من ذكر العوض ، فلو سكت عنه . . لم يصح ، قال في « النهاية » : (وفي استحقاقه الأجرة وجهان ، أوجههما : نعم)^(٢) ، وقال في « المغني » : (أوجههما : عدم الاستحقاق)^(٣) .

قوله : (أو سلمته إليك لتعهد به بكذا) أي : من ثمره ، أو اعمل فيه بكذا ، أو تعهده بكذا ؛ لأداء كل من هذه الثلاثة معنى الأول ، ولذا : اعتمد ابن الرفعة وغيره صراحتها ، وهو ظاهر كلامهم وإن اعتمد السبكي والأذري أنها كناية ، ولا تصح المساقاة بلفظ الإجارة وإن قصد به المساقاة ، وكذا عكسه ؛ لأن لفظ الإجارة صريح في عقد آخر ، فإن أمكن تنفيذه في محله . . نفذ فيه ، وإلا . . فإجارة فاسدة ، ومثله يقال في عكسه ، على أن موضوع المساقاة غير موضوع الإجارة فلم تصح نية إحداها بالأخرى ، والقاعدة : أن ما كان صريحاً في بابهِ ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية في غيره ، وفي بعض العبائر : أن ما كان صريحاً في بابهِ وأمکن تنفيذه في موضوعه لا يكون كناية في غيره ، وهذا أوفق بما ذكرته أولاً .

قوله : (وقبول) أي : من العامل متصل بالإيجاب .

(١) تحفة المحتاج (١١٢/٦) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٥٥/٥) .

(٣) مغني المحتاج (٤٢٢/٢) .

كسائر عقود المعاوضة ، وأن تكون مؤقتة بزمان معين تبقى فيه العين للاستغلال غالباً ، وأن يكون ذلك الزمان يثمر فيه ذلك أشجر غالباً . (وألاً يشترط على العامل غير ما عليه) ولا على المالك غير ما عليه ؛ لمنافاته لموضوع العقد

قوله : (كسائر عقود المعاوضة) أي : من بيع وغيره ، قال في « التحفة » : (ومن ثم اشترط في الصيغة هنا ما مر فيها ثم إلا عدم التأقيت ، وتصح بإشارة أخرس وبكتابة مع النية ولو من ناطق)^(١) .

قوله : (وأن تكون مؤقتة بزمان معين) أي : ويشترط أن تكون المساقاة مؤقتة . . . إلخ .
قوله : (تبقى فيه العين للاستغلال غالباً) أي : فلا تصح مؤبدة ولا مطلقة ولا مؤقتة بمجهول ؛ كإدراك الثمرة ، قال في « الأسنى » : (وإنما اعتبرنا تأقيتها بخلاف القراض ؛ لأن المقصود منها تعهد الأشجار لخروج الثمرة ، ولحصولها غاية معلومة فسهل ضبطها ، بخلاف الربح [في القراض] ليس له وقت معلوم فيخل التوقيت بمقصوده)^(٢) .

قوله : (وأن يكون ذلك الزمان) أي : المعين لتوقيت المساقاة .

قوله : (يثمر فيه ذلك الشجر) أي : المساقى عليه .

قوله : (غالباً) أي : عند الخبراء بشجر تلك الناحية ؛ لحصول المقصود بذلك ، فإن قدر دونه . . لم تصح ؛ لخلوها عن العوض ، ولا أجرة للعامل إن علم أنها لا تثمر في ذلك الزمان ، وإلا ؛ بأن استوى الاحتمالان أو جهل الحال . . استحقها ؛ لأنه عمل طامعاً ، قال في « التحفة » : (ولو أدركت الثمرة قبل انتضاء المدة . . عمل بقيتها بلا أجرة ، وإن انقضت وهو طلع أو بلح . . فله حصته منه ، وعلى المالك التبقية والتعهد إلى الجذاذ ، ويفرق بين هذا والشريكين بأن شركة العامل هنا وقعت تابعة غير مقصودة منه فلم [يلزمه] بسببها شيء ولا حق للعامل فيما حدث بعدها)^(٣) .

قوله : (وألاً يشترط على العامل غير ما عليه) أي : وبشرط ألا يشترط . . . إلخ ، واعتراض بأنه إحالة على مجهول ؛ لأن غير ما عليه لم يعلم مما سبق ، بل مما يأتي ، وأجيب بأنه لما كان سيذكره قريباً . . كان كأنه معلوم ، وعذره في تأخير كثرة الكلام عليه .

قوله : (ولا على المالك غير ما عليه) أي : وألاً يشترط على المالك . . . إلخ .

قوله : (لمنافاته لموضوع العقد) أي : فلو شرط ذلك ؛ كأن شرط على العامل أن يبني جدار

(١) تحفة المحتاج (١١٦/٦) .

(٢) أسنى المطالب (٣٩٦/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (١١٥/٦) .

(و) يشترط (معرفة) كل منهما (ما عليه من العمل) لأطراد العرف به في تلك الناحية ، وقد عرفاه ضابطاً ؛ وحينئذ لا يحتاج إلى تفصيله في العقد ، فإن جهله أحدهما . . وجب التفصيل ، ولا يكفي العلم بأن ثم عرفاً ضابطاً يرجعان إليه

الحقيقة أو على المالك تنقية النهر . . لم يصح العقد ؛ لأنه شرط عقد في عقد ، ولأنه في الأول استتجار بعوض مجهول ، فإن عمل ذلك بالإذن . . فله أجرته ؛ لأنه بمنزلة أمره بقضاء دينه ، وأما استشكله بأن مجرد الإذن لا يقتضي الأجرة ، فالمتجه : تخريجه على ما إذا قال : اغسل ثوبي ، والصحيح فيه : عدم الأجرة . . فأجيب عنه بأن هذا تابع لعمل تجب فيه الأجرة ، بخلاف ذاك ، تأمل .

قوله : (ويشترط معرفة كل منهما) أي : المالك والعامل ، وفي هذا الحل تغيير إعراب المتن ؛ لأن قول المتن : (ومعرفة . .) إلخ معطوف على قوله : (أن تكون الثمرة . .) إلخ المجرور بإضافة شرط إليه ، فلو قال : (ويشترط معرفة . .) إلخ . . لسلم من ذلك ، ويحتمل أن (يشترط) هنا تحريف من النساخ ، فليحذر .

قوله : (ما عليه من العمل) أي : الذي سيذكره قريباً .

قوله : (لأطراد العرف به) أي : بذلك العمل ، واللام متعلقة بـ (معرفة) .

قوله : (في تلك الناحية) أي : التي وقع عقد المساقاة فيها .

قوله : (وقد عرفاه ضابطاً) أي : والحال أنهما قد عرفا العرف المطرد ضابطاً على التفصيل .

قوله : (وحينئذ) أي : حين إذ عرفاه ضابطاً .

قوله : (لا يحتاج إلى تفصيله في العقد) أي : ولو بغير لفظ المساقاة على المعتمد ؛ لأن

المحكم فيه العرف ، فيحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب فيها كما تقرر ؛ إذ المرجع فيما لا ضابط له شرعاً ولا لغة إليه .

قوله : (فإن جهله) أي : العرف الغالب في تلك الناحية .

قوله : (أحدهما) أي : أو كلاهما كما فهم من باب أولى .

قوله : (وجب التفصيل) أي : تفصيل الأعمال في العقد بلا خلاف كما صرحوا به .

قوله : (ولا يكفي العلم) أي : علم المالك والعامل .

قوله : (بأن ثم) أي : في تلك الناحية .

قوله : (عرفاً ضابطاً) أي : لأعمال المساقاة .

قوله : (يرجعان إليه) أي : العرف الضابط .

عند التنازع من غير معرفتهما لتفصيله . (و) ضابط ما (على العامل) أنه كل فعل يتكرر كل سنة أو يحتاج الثمر لتنميته ؛ فحينئذ عليه (أن يعمل ما فيه صلاح الثمر) بأن يزيد به صلاحه (كالسقي) .

قوله : (عند التنازع) متعلق بـ (يرجعان) .

قوله : (من غير معرفتهما لتفصيله) أي : العرف ، قال في « الفتح » : (ويفرق بين هذا وما مر في السلم ، وكأنه هو ملحظ القانوني في قوله : أخذاً من عبارة « الحاوي » بالاكْتفاء هنا بذلك بأن الغرر هنا أعظم ؛ لانعدام المقصود عند العقد فاحتيط أكثر) انتهى^(١) ، ولذا اشترطت الغلبة هنا لا ثم .

قوله : (وضابط ما على العامل) أي : من أعمال المساقاة .

قوله : (أنه كل فعل يتكرر كل سنة) أي : ولا يقصد به حفظ الأصل . « مغني »^(٢) .

قوله : (أو يحتاج الثمر لتنميته) أي : وصلاحه ، ولعل (أو) هنا بمعنى الواو كما عبر به غيره .

قوله : (فحينئذ) أي : حين إذ كان ضابط ما على العامل ما ذكر .

قوله : (عليه أن يعمل) أي : يجب على العامل أن يعمل بنفسه أو نائبه ، قال في « شرح المنهج » : (عند الإطلاق)^(٣) ، قال ابن قاسم : (ليس المراد به : الاحتراز عما إذا قيد ، فيجوز كونه على المالك ؛ لما مر : أن شرط ما على أحدهما على الآخر مفسد ، وإنما المراد : بيان أن هذه الأمور على العامل حتى عند الإطلاق ، هكذا يظهر أنه المراد ، فليحرر) انتهى بتصرف .

قوله : (ما فيه صلاح الثمر) أي : ونماؤه .

قوله : (بأن يزيد به صلاحه) أي : الثمر .

قوله : (كالسقي) أي : حيث لم يشرب بعروقه ، قال في « المغني » : (أما ما يشرب بعروقه . . فحكى الماوردي فيه ثلاثة أوجه :

أحدهما : أن سقيها على العامل .

والثاني : على المالك .

والثالث - أي : وهو الظاهر - : يجوز اشتراطه على المالك وعلى العامل ، فإن أطلق . . صح

ويكون على العامل)^(٤) .

(١) فتح الجواد (٥٨٣ / ١) .

(٢) مغني المحتاج (٤٢٣ / ٢) .

(٣) فتح الوهاب (٢٤٤ / ١) .

(٤) مغني المحتاج (٤٢٣ / ٢) .

فَإِنْ تَعَمَّدَ تَرْكُهُ - وَالْعَقْدُ صَحِيحٌ - فَفَسَدَ الشَّجَرُ. . ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ ، (وَتَنْقِيَةِ النَّهْرِ وَالْبَثْرِ)
وإصلاح الأجاجين - وَهِيَ : ما حوالي الشَّجَرِ - ومجاري الماء ، وإدارة الدُّولابِ ،

قوله : (فَإِنْ تَعَمَّدَ تَرْكُهُ) أي : تعمد العامل ترك السقي ، أو ترك ما عليه من العمل .
قوله : (والعقد صحيح) أي : والحال أن عقد المساقاة صحيح ، واحتترزه عما إذا فسد ؛ إذ لا يلزمه عمل .

قوله : (ففسد الشجر) أي : أو الثمر . (ع ش) .

قوله : (ضمنه) أي : ضمن العامل الشجر .

قوله : (لأنه في يده) أي : وعليه حفظه ، ويحث أبو زرة أنهما لو اختلفا أثناء المدة في إتيان العامل بما لزمه : فإن بقي من أعمالها ما يمكن تداركه . . صدق المالك وألزم العامل بالعمل ؛ لأن الأصل : عدمه ، ويمكنه إقامة البيئة ، وإن لم يبق شيء ولا أمكن تداركه . . صدق العامل ؛ لتضمن دعوى المالك انفساخها ، والأصل : عدمه ، نقله في « التحفة » وأقره^(١) .

قوله : (وتنقية النهر والبثر) أي : من طين ونحوه ، والمراد بـ (النهر) : مجرى الماء الذي في الحديقة .

قوله : (وإصلاح الأجاجين) جمع إجانة بكسر الهمزة وتشديد الجيم ، ويقال : الإيجانة والإينجانة مكسورتين كما في « القاموس »^(٢) .

قوله : (وهي) أي : الأجاجين .

قوله : (ما حوالي الشجر) أي : الحفر حول النخل التي يثبت فيها الماء شبهت بالإجانة التي يغسل فيها . « تحفة » و « نهاية »^(٣) .

قوله : (ومجاري الماء) أي : وإصلاح مجاري الماء ، فهو معطوف على (الأجاجين) ، قال في « الغرر » : (وتقليب الأرض وتكريمها وتقويتها بالزبل ؛ لأن ذلك حفظ للثمر ، فيلزمه كما يلزم العامل حفظ مال القراض)^(٤) .

قوله : (وإدارة الدُّولاب) عطف على (السقي) ، قال في « القاموس » : (الدُّولاب بالضم ويفتح : شكل كالناعورة يستسقى به الماء معرَّب ، وبالضم معروف)^(٥)

(١) تحفة المحتاج (١١٨/٦) .

(٢) القاموس المحيط (٢٧٨/٤) ، مادة (أجن) .

(٣) تحفة المحتاج (١١٦/٦) ، نهاية المحتاج (٢٥٦/٥) .

(٤) الغرر البهية (٢٢٠/٦) .

(٥) القاموس المحيط (٢٠٠/١) ، مادة : (دلِب) .

وفتح رأس القناة وسدها (وَالتَّلْقِيح) وقطع مُضِرَّ حشيش وجريد ، وتنحيته لتصيب الشمس الثمرة ،
(وَحِفْظِ الثَّمَرِ) إِلَى أَنْ يُؤْخَذَ مِنَ الْجَرِينِ (وَالْجَذَاذِ) وَالتَّجْفِيفِ

قوله : (وفتح رأس القناة وسدها) أي : عند السقي على ما يقتضيه الحال ، وهذا عطف أيضاً على (السقي) ، فهو كالذي قبله توابعه ، قال في « التحفة » : (قد يقال : جعل ما ذكر توابع للسقي يحيل حقيقته - أي : إذ المتبادر به جميع ما يتوقف عليه وصول الماء - وجوابه : أنه أريد به إيصال [الماء] ، وبتوابعه ما يحصله فلا إحالة) تأمل^(١) .

قوله : (والتلقيح) أي : للنخل ، وهو : وضع بعض طلع ذكر على طلع أنثى ، وقد يستغنى عنه لكونها من تحت ريح الذكور فتحمل الهواء ريح الذكور إليها .

قوله : (وقطع مضر حشيش) أي : ولو رطباً ، وإطلاقه عليه لغة وإن كان الأشهر : أنه اليابس .

نعم ؛ لو عبر بالكلاء . . لكان أولى ؛ لأنه يقع على الأخضر واليابس .

قوله : (وجريد) أي : ومضر جريد .

قوله : (وتنحيته) أي : الجريد .

قوله : (لتصيب الشمس الثمرة) أي : ويتيسر قطفها عند الإدراك ، قال في « [شرح] المنهج » : (وتعريش العنب [إن] جرت به عادة ، وهو : أن ينصب أعواداً ويظللها ويرفعه عليها)^(٢) .

قوله : (وحفظ الثمر) أي : على الشجر ، وفي الجرين من السراق ، ومن الطيور والزنابير يجعل كل عنقود في وعاء يهيئه المالك كقوصرة ، وعن الشمس يجعل حشيش أو نحوه فوقه عند الحاجة .

قوله : (إِلَى أَنْ يُؤْخَذَ مِنَ الْجَرِينِ) أي : البيدر الذي كرم فيه ، فإن لم ينحفظ به - أي : العامل - لكثرة السراق أو كبر البستان . . فالمؤنة عليه كما اقتضاه إطلاقهم ، لكن قال الأزرعي : الذي يقوى أنه لا يلزمه أن يكرى عليه من ماله ، بل على المالك معونته عليه . انتهى « تحفة » و « نهاية »^(٣) ، وضعف (ع ش) كلام الأزرعي^(٤) .

قوله : (والجذاذ والتجفيف) أي : لأن صلاح الثمر يحصل بهما ؛ فيجب عليه إصلاح موضعه

(١) تحفة المحتاج (١١٦/٦) .

(٢) فتح الرواب (٢٤٤/١) .

(٣) تحفة المحتاج (١١٦/٦) ، نهاية المحتاج (٢٥٧/٥) .

(٤) حاشية الشيراملسي (٢٥٨/٥) .

(و) ضابط ما على المالك آلة الأعيان التي يحتاج إليها في ذلك ، فحيث (مَا لَا يَتَكَرَّرُ ؛ كِبَاءُ الْحِطَّانِ ، وَحَفَرِ النَّهْرِ وَالْبَثْرِ) وطلع التلقيح ، وقصب التعريش ، والمنجل ، والمعول (.. عَلَى الْمَالِكِ . .

وتهينة ونقل الثمرة إليه وتقليبها في الشمس ، ومعلوم : أن كل ما وجب على العامل يجوز له استئجار المالك عليه .

قوله : (وضابط ما على المالك) أي : ما يجب عليه .

قوله : (آلة الأعيان التي يحتاج إليها في ذلك) أي : الأعيان التي يرفى بها العمل ، وإضافة (آلة) للأعيان بيانية ؛ أي : آلة هي الأعيان ، فلو حذف لفظة (آلة) . . لكان أخصر .

قوله : (فحيث) أي : حين إذ كان ضابط ما على المالك ما ذكر .

قوله : (ما لا يتكرر) أي : كل سنة ، أو قصد به حفظ الأصل ؛ أي : الشجر .

قوله : (كبناء الحيطان) أي : للبستان ونصب نحو باب ودولاب .

قوله : (وحفر النهر والبئر) أي : وإصلاح ما انهار منهما .

قوله : (وطلع التلقيح) استشكل هذا باتباع العرف في نحو خيط الخياط في الإجارة ، وأجيب بأن العرف هنا لم ينضبط ؛ فعمل فيه بأصل أن العين على المالك ، وثم قد ينضبط وقد يضطرب ؛ فعمل به في الأول ، ووجب البيان في الثاني ، وأجيب أيضاً بأن نحو الخيط به قوام الصنعة حالاً ودواماً ، بخلاف الطلع فإن نفعه انعقاد الثمرة حالاً ثم يستغنى عنه ، وفي هذا الجواب نظر ؛ لجعلهم هنا الطلع كالخيط ، فالأوجه : الجواب الأول ، فليتأمل .

قوله : (وقصب التعريش) أي : والبذر والبقر التي يحرق بها ويدار بها الدولاب .

قوله : (والمنجل والمعول) بكسر الميم فيهما بوزن منبر ؛ الأول : الحديد التي يقضب بها نحو الزرع ، والثاني : الفأس العظيمة التي ينقر بها الصخر .

قوله : (على المالك) أي : لا على العامل ؛ إذ ليس عليه إلا العمل ، قال في « التحفة » : (وظاهر كلامهم : أن ما ذكروا أنه على العامل أو المالك من غير تعويل فيه على عادة لا يلتفت فيه إلى عادة مخالفة له ، وهو ظاهر ؛ بناء على أن العرف الطارىء لا يعمل به إذا خالف عرفاً سبقه ، وهو ما دل عليه كلام الزركشي في « قواعد » ، بل كلامهم في « الوصية » و« الأيمان » وغيرهما صريح فيه ، فبحث أن ما ذكره على العامل ولو اعتيد منه شيء على المالك لزمه . . غير صحيح) انتهى^(١) ، وأراد بهذا البحث قول شيخه في « شرح المنهج » : (وظاهر : أنه لو جرت عادة بأن

وَهِيَ (أي : المساقاةُ) (لَازِمَةٌ) مِنْ أَلْجَانِيَيْنِ كَالْإِجَارَةِ بِجَامِعٍ أَنَّ الْعَمَلَ فِيهِمَا فِي أَعْيَانٍ تَبْقَى بِحَالِهَا بِخِلَافِ الْقِرَاضِ .

شيئاً من ذلك على المالك . . اتبعت (انتهى^(١)) ، وحمل في « النهاية » على ما ليس للأصحاب فيه نص بأنه على أحدهما ، أو بأن العرف فيه يقتضي كذا^(٢) ، لكن نازعه الرشيدي بأن هذا الحمل غير متأت في عبارة « المنهج » فليتأمل^(٣) .

قوله : (وهي ؛ أي : المساقاة لازمة من الجانبين) أي : فليس لأحدهما فسخها ، هذا منقول المذهب ، واستشكله السبكي جداً حتى قال : لم يتبين لي دليل قوي على لزومها : وكنت أود لو قال أحد من أصحابنا بعدم لزومها حتى كنت أوافقه ؟ وأجيب بظهور وجهه ، وهو : مراعاة مصلحة كل منهما ؛ إذ لو تمكن العامل من الفسخ قبل إتمام العمل . . تضرر المالك بفوات الثمرة أو بعضها بعدم العمل لكونه لا يحسنه أو لا يتفرغ له ، ولو تمكن المالك من فسخه . . تضرر العامل ؛ لفوات نصيبه من الثمرة ؛ لأن الغالب كونه أكثر من أجرة المثل ، تدبر .

قوله : (كالإجارة) أي : قياساً عليها .

قوله : (بجامع أن العمل فيهما) أي : المساقاة والإجارة .

قوله : (في أعيان تبقى بحالها) استشكل بصحة الاستئجار للخدمة ، وأجيب بأن المراد : الإجارة لعمل المساقاة بعوض معلوم ، فليتأمل .

قوله : (بخلاف القراض) أي : فإنه لا تبقى أعيانه بعد العمل فأشبه الوكالة ، وأيضاً : فإن المساقاة لو لم تكن لازمة . . لفسخ المالك قبل ظهور الثمرة فتضيع على العامل ، وليست كالقراض ؛ فإن الربح لا وقت له ، فإذا فسخ المالك قبل التصرف . . فلا ضرر ، أو بعده . . فلا يمنع من البيع المحصل لنصيب العامل من الربح ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) فتح الوهاب (٢٤٤/١ - ٢٤٥) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٥٧/٥) .

(٣) حاشية الرشيدي (٢٥٧/٥) .

(باب الإجارة)

وهي - بثلاث الهمزة والكسر أشهر - لغة : أسمٌ للأجرة ، وشرعاً : عقدٌ على منفعة مقصودة معلومة ، قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم ،

[باب الإجارة]

قوله : (باب الإجارة) الأصل فيها قبل الإجماع آية : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ، كذا استدلو بها ، قيل : وجه الدلالة : أن الإرضاع بلا عقد تبرع لا يوجب أجرة ، وإنما يوجبها ظاهر العقد فتعين ، وفيه : أن كون العقد يوجبها فرع مشروعية الإجارة مع أنها لم تثبت بعد ، فكيف يجعل ذلك وجه الدلالة ؟!

وأخبار ، منها : استجاره صلى الله تعالى عليه وسلم والصدیق دليلاً في الهجرة^(١) ، وأمره صلى الله تعالى عليه وسلم بالمؤاجرة^(٢) ، والحاجة بل الضرورة داعية إليها .
قوله : (وهي) أي : الإجارة .

قوله : (بثلاث الهمزة والكسر أشهر) أي : والضم حكاه ابن سيده^(٣) ، والفتح حكاه صاحب « المستعذب » من أجره بالمد يؤاجره إيجاراً ، ويقال : أجره بالقصر يأجره بضم الجيم وكسرها .
قوله : (لغة : اسم للأجرة) أي : ثم اشتهرت لغة أيضاً في العقد على سبيل المجاز .
قوله : (وشرعاً : عقد على منفعة مقصودة) خرج بد (المنفعة) : العين ، وب (مقصودة) : التافهة ، وسيأتي بيانها .

قوله : (معلومة) خرج بها : القراض والجعالة على عمل مجهول .
قوله : (قابلة للبدل والإباحة) خرج بهذا : منفعة البضع ؛ فإن العقد عليها لا يسمى إجارة ، فإن قيل : منفعة البضع لم تدخل حتى يحتاج إلى إخراجها ؛ فإن الزوج ما ملك المنفعة وإنما ملك أن ينتفع . . أجب بأن قولهم : (على منفعة) ليس فيه أنه ملك المنفعة ؛ فلهذا أخرجت بد (قابلة للبدل) . « مغني »^(٤) .

قوله : (بعوض معلوم) خرج بد (الأول) : هبة المنافع والوصية بها والشركة والإعارة ،

(١) أخرجه البخاري (٢٢٦٣) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٢) أخرجه مسلم (١١٩ / ١٥٤٩) عن سيدنا ثابت بن الضحاك رضي الله عنه .

(٣) المحكم والمحيط الأعظم (٣٣٨ / ٧) ، مادة : (أجر) .

(٤) مغني المحتاج (٤٢٧ / ٢) .

والمعقود عليه في إجارة الذمة أو العين هو المنفعة لا محلها . (شَرَطُ الْعَاقِدَيْنِ أَنْ يَكُونَا بِالْعَيْنِ ، عَاقِلَيْنِ ، مُخْتَارَيْنِ ، رَشِيدَيْنِ)

وبـ (الثاني) : المساقاة والجمالة على عمل معلوم بعوض مجهول ؛ كالحج بالرزق ، ودلالة الكافر لنا على قلعة تجارية منها .

نعم ؛ يرد عليه بيع حق الممر ونحوه والجمالة على عمل معلوم بعوض مجهول ، وقد أخرجهما بعضهم بأن يزداد في التعريف ما يؤخذ من صيغتها الآتية أنها بلفظ الإجارة أو نحوها ، وظاهره : أنها لا تتعقد بلفظ الجمالة ، وهو قريب ؛ لقاعدة : ما كان صريحاً في بابه ... إلخ ، تدبر .
قوله : (والمعقود عليه في إجارة الذمة أو العين) أي : مورد العقد في الإجارة سواء إجارة الذمة والعين .

قوله : (هو المنفعة) هذا هو المصحح عند الجمهور ؛ لأنها التي تستحق بالعقد .
قوله : (لا محلها) أي : لا العين المستوفى منها المنفعة ؛ وإلا . . لا تمتنع رهن العين المستأجرة والمرهونة ، وقيل : موردها العين المذكورة ؛ لإضافة اللفظ إليها غالباً ، ولأن المنفعة معدومة ومورد العقد يجب أن يكون موجوداً ، ورد بأن ذلك لا يقتضي كونه عيناً ؛ أما الأول . . فظاهر ، وأما الثاني . . فلأن المنافع وإن كانت معدومة لكنها ملحقة بالموجودة ، ولذا صح العقد عليها وجاز أن تكون الأجرة ديناً ، ولولا إلحاقها بالموجودة . . لكان ذلك في معنى بيع الدين بالدين ، وبحث الشيخان أن الخلاف غير محقق ؛ إذ لا بد من النظر لكل منهما اتفاقاً^(١) ، ونوزعا فيه بأن له فوائد مذكورة في المطولات ، لكن أكثرها منظر فيه ، فالتحقيق : أنه ليس خلافاً محققاً من كل وجه وإن أبدي له فرائد ، تدبر .

قوله : (شرط العاقدین) أي : المؤجر والمستأجر .

اعلم : أن أركان الإجارة أربعة : عاقدان ، وصيغة ، وأجرة ، ومنفعة ، وكلها معلوم من كلامه بذكر شروطه ، واعترض عد الأجرة والمنفعة ركنين هنا بأنه مخالف لما ذكره في (البيع) من عد الثمن والمثمن ركناً واحداً حيث عبروا عنهما بالمعقود عليه ، فالأولى : جعل الأركان هنا ثلاثة إجمالاً وستة تفصيلاً ، وأجاب بعضهم بأن الثمن والمثمن إنما عدا ركناً في البيع ؛ لأنهما في الشروط متحدان ، بخلاف الأجرة والمنفعة فهنا فإنهما مختلفان في بعض الشروط ؛ كما يعلم مما سيأتي ، فليتأمل .

قوله : (أن يكونا بالعين عاقلين مختارين رشيدین) أي : فلا يصح عقد الإجارة من صبي أو

نظير ما مر مفصلاً في المتبايعين . نعم ؛ للكافر استئجار المسلم ، وللسفيه - على ما قاله الماوردي والرويانى - أن يؤجر نفسه بما لا يقصد من عمله كالحج ، كما له التبرع به بل أولى . (ولا بد لصحة الإجارة)

نحو مجنون أو مكره أو سفيه .

قوله : (نظير ما مر مفصلاً في المتبايعين) أي : البائع والمشتري ؛ لأن الإجارة صنف من البيع فاشتراط في عاقدها ما يشترط في عاقده مما مر ؛ كالرشد وعدم الإكراه ، وعلم من ذلك : أن الأعمى لا يكون مؤجراً وإن جاز له إجارة نفسه ، وكذا للغير أن يستأجر ذمته ؛ لأنها سلم ، وقياسه كما قاله (ع ش) : جواز أن يلزم ذمة الغير أيضاً^(١) .

قوله : (نعم ؛ للكافر استئجار المسلم . . .) إلخ ، وهذا وما بعده استدراك على ما يفهم من قوله : (في المتبايعين) من أنه لا يصح استئجار الكافر مسلماً كما لا يصح شراؤه له ، ومن أنه لا يصح إجارة السفيه كما لا يصح بيعه ، وسواء في ذلك إجارة ذمة وإجارة عين مع الكراهة فيها ، لكن يؤمر بإزالة ملكه عن المنافع بأن يؤجره لمسلم ، فلو لم يفعل بل خدمه بنفسه . . استحق الأجير المسماة .

قوله : (وللسفيه) عطف على الكافر .

قوله : (على ما قاله الماوردي والرويانى) كذا في « الفتح »^(٢) ، وفي التعبير بـ (على) إشعار بأنه لا يرتضيه .

قوله : (أن يؤجر نفسه) أي : السفيه ولو بغير إذن وليه .

قوله : (بما لا يقصد من عمله كالحج) أي : ووكالة ؛ بأن يكون غنياً بماله عن كسب يصرفه على مؤنه أو مؤن ممونه ، بخلافه لما هو مقصود من عمله ، مثل : أن يكون صانعاً وعمله مقصود في كسبه فإنه لا يجوز ، بل يتولى الولي العقد عليه .

قوله : (كما له التبرع به بل أولى) أي : لأنه يجوز التطوع بهذا العمل فمن باب أولى مع الأجرة ، قال في « التحفة » : (ويصح بيع السيد قنه نفسه لا إجارته إياها ؛ لأنه يؤدي لعتقه ، فاعتقر فيه ما لم يغتفر في الإجارة ؛ إذ لا تؤدي لذلك)^(٣) .

قوله : (ولا بد لصحة الإجارة) سواء كانت عينية أم ذمية .

(١) حاشية الشبرايملي (٢٦٢/٥) .

(٢) فتح الجواد (٥٨٥/١) .

(٣) تحفة المحتاج (١٢٣/٦) .

(مِنْ صِيغَةٍ) إيجاب وقبول بشروطهما السابقة في البيع (كَأَجَرْتُكَ هَذَا) أو منفعتَهُ بِكَذَا

قوله : (من صيغة إيجاب وقبول) كما في البيع ، فتتعد بالكناية وبالإستيجاب والإيجاب وبالإستقبال والقبول وبإشارة الأخرس والكتابة . « حاشية الروض »^(١) .

قوله : (بشروطهما السابقة في البيع) أي : إلا عدم التوقيت ، ويجري هنا خلاف المعاطاة كما في « التحفة » وغيرها^(٢) ، وقال ابن السبكي : (لا أدري : هل يختار النووي صحة المعاطاة فيها كما اختاره في البيع ، أو لا ؟ والأظهر : لا ؛ فإنه لا عرف فيها ، بخلاف البيع) انتهى ، وفيه نظر .

قوله : (كأجرتك هذا) أي : الثوب مثلاً سنة بكذا ، قال في « المغني » : (ومعنى « أجرتك سنة » أي : منافع سنة ، ولا يجوز كون « سنة » ظرفاً ؛ أي : مفعولاً فيه لأجرتك ؛ لأنه إنشاء وزمنه يسير ، بل المعنى : أجرتك واستمر أنت على ذلك سنة ؛ كما قيل بذلك في قوله تعالى : ﴿ فَأَمَاتَهُ اللَّهُ مِائَةً عَامٍ ﴾ أن المعنى : فأماته الله واستمر على ذلك مئة عام ؛ وإلا . . . فزمان الإمامة يسير ، وأما نحو : أجرتك الدار سنة . . فالدار مفعول ثان وسنة ظرف بفعل مقدر مأخوذ من أجرتك ؛ أي : لتتفع بها سنة ، ولا يجوز كون سنة مفعولاً ؛ لأن « أجر » لا يتعدى إلى ثلاثة مفاعيل ، ووزن « أجر » كما قاله ابن الحاجب كضارب لا أفعل كأكرم) انتهى^(٣) ، والظاهر : أن هذا غير متعين ؛ بدليل قولهم : من أجره يؤجره ، فليراجع .

قوله : (أو منفعته) أي : أو أجرتك منفعة هذا الثوب مثلاً ، وإنما صح هذا مع الإضافة إلى المنفعة ؛ لأنها مملوكة بها ومقصودة منها فيكون ذكرها فيها تأكيداً ؛ كما في : بعتك رقبة هذا أو عينه .

قوله : (بكذا) بيان للأجرة فهو للصورتين كما قررته ، ولا تصح الإجارة بصيغة البيع ؛ كبعتك منفعتها شهراً بكذا ؛ لأن لفظ البيع وضع لتمليك العين ، فلا يستعمل في المنفعة ؛ كما لا يستعمل لفظ الإجارة في البيع ، ويبحث أنه كناية ، وهو قريب ؛ نظراً إلى أنها صنف من البيع ، لكن المعتمد عند الرملي خلافه^(٤) ؛ لتهافت الصريح في هذه الصيغة ؛ لأن لفظ البيع موضوع للتمليك على التأبيد ، والتقييد بقوله : (سنة) مثلاً مناف له ، وله نظائر .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٠٣/٢) .

(٢) تحفة المحتاج (١٢٣/٦) .

(٣) مغني المحتاج (٤٢٨/٢) .

(٤) نهاية المحتاج (٢٦٣/٥) .

(أَوْ أَلْزَمْتُكَ) إِثَاءً بَكَذَا ، وَهَذَا يَصْلُحَانِ لِإِجَارَةِ الْعَيْنِ وَالذِّمَّةِ ، بِخِلَافِ : أَلْزَمْتُكَ ذِمَّتَكَ بَكَذَا ؛ فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِإِجَارَةِ الذِّمَّةِ كَمَا سَيُعْلَمُ مِنْ كَلَامِهِ ، (فَيَقْبَلُ بِاللَّفْظِ) مَعَ الْإِتِّصَالِ وَمُوَافَقَةِ الْمَعْنَى وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا مَرَّ فِي الْبَيْعِ

قوله : (أَوْ أَلْزَمْتُكَ إِثَاءً بَكَذَا) أي : أَوْ أَكْرَيْتَكَ هَذَا بَكَذَا ، أَوْ مَلَكَتَكَ مَنَفَعَتَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَمْلِكُ مَنَفْعَةَ بَعْوَضٍ .

قوله : (وَهَذَا) أي : أَجْرَتَكَ وَالزَّمَمَ ، قَالَ فِي « الْفَتْحِ » : (لَا بِالنَّظَرِ لِذِكْرِ مَا يُؤْجَرُ ؛ لِأَنَّ ذِكْرَهُ مَعِينٌ لِأَحَدِ النَّوَاعِينَ الْآتِيِينَ)^(١) .

قوله : (يَصْلُحَانِ لِإِجَارَةِ الْعَيْنِ وَالذِّمَّةِ) أي : فَهُمَا مُسْتَعْمَلَانِ فِيهِمَا ، وَعِبَارَةُ ابْنِ قَاسِمٍ : لَوْ قَالَ لِلْأَجِيرِ : أَلْزَمْتُكَ عَمَلٌ كَذَا . . . فَهَلْ هُوَ إِجَارَةُ عَيْنٍ أَوْ ذِمَّةٌ ؟ ذَكَرَ فِيهِ الدِّمِيرِيُّ اِحْتِمَالَيْنِ وَقَالَ : الْأَقْرَبُ : أَنَّهُ إِجَارَةُ عَيْنٍ^(٢) .

قوله : (بِخِلَافِ : أَلْزَمْتُكَ ذِمَّتَكَ بَكَذَا) إِنَّمَا عَدَّ هَذَا إِجَاباً مَعَ أَنَّهُ مِنَ الْمُسْتَأْجَرِ ؛ لِأَنَّهَا سَلِمَ فِي الْمَنَافِعِ وَالْإِجَابِ فِي السَّلَمِ مِنْ جَانِبِ الْمُسْلِمِ .

قوله : (فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِإِجَارَةِ الذِّمَّةِ) أي : لِذِكْرِهَا فِيهِ ، وَقَوْلُهُ : مَلَكَتَكَ مَنَفَعَتَهُ سَنَةَ بَكَذَا أَوْ أَجْرَتُكَهَا بَكَذَا مَخْتَصٌّ بِإِجَارَةِ الْعَيْنِ .

قوله : (كَمَا سَيُعْلَمُ مِنْ كَلَامِهِ) أي : الْمَصْنُفُ حَيْثُ جَعَلَهُ تَصْوِيرَ أَلْهَا .
قوله : (فَيَقْبَلُ) أي : الْمَخَاطَبُ .

قوله : (بِاللَّفْظِ) أي : كَقَبْلَتْ أَوْ اسْتَأْجَرْتَ أَوْ اكْتَرَيْتَ أَوْ نَحْوَهَا ، وَكَذَا بِإِشَارَةِ الْآخَرِ الْمَفْهُمَةِ وَالْكِتَابَةِ ، قَالَ فِي « الْغُرَرِ » : (لَا اسْتَرَيْتَ مَنَفَعَتَهُ)^(٣) .

قوله : (مَعَ الْإِتِّصَالِ وَمُوَافَقَةِ الْمَعْنَى ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا مَرَّ فِي الْبَيْعِ) أي : مِنْ الشُّرُوطِ فِي الصِّيغَةِ ، وَيَنْعَقِدُ بِالْكُنَايَةِ مَعَ النِّيَّةِ ؛ كَأَسْكَنْ هَذِهِ أَوْ أَعْطَيْتَكَ أَوْ جَعَلْتَ لَكَ مَنَفَعَتَهَا شَهْراً بَكَذَا ، كَذَا مِثْلُ بِهِ الزَّرْكَشِيُّ ، وَكَأَنَّهُ أَخَذَهُ مِنْ نَظِيرِهِ فِي الْبَيْعِ ، لَكِنَّ الْفَرْقَ وَاضِحٌ : فَإِنْ (جَعَلْتَهُ لَكَ بَكَذَا) يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْبَيْعِ اِحْتِمَالاً ظَاهِراً ، وَ(جَعَلْتَ لَكَ مَنَفَعَتَهَا سَنَةً بَكَذَا) لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْإِجَارَةِ كَذَلِكَ ، فَكَانَ الْقِيَاسُ : أَنَّهَا صَرِيحَةٌ ، وَكَانَ هَذَا مِلْحَظَ شَيْخِنَا ؛ أَيِ : فِي « شَرْحِ الْبَهْجَةِ » حَيْثُ قَرَنَاهَا بِذِكْرِ

(١) فَتْحُ الْجَوَادِ (٥٨٥ / ١) .

(٢) النِّجْمُ الْوَهَّاجُ (٣٢٢ / ٥) .

(٣) الْغُرَرُ الْبَهْجَةُ (٢٣٧ / ٦) .

(وَهِيَ تَنْقَسِمُ إِلَى إِجَارَةِ عَيْنٍ) وَهِيَ الْوَارِدَةُ عَلَى عَيْنٍ ؛ كَذَابَةٌ مَعِينَةٌ لِرُكُوبٍ ، أَوْ شَخْصٍ مَعِينٍ لِنَحْوِ بِنَاءٍ أَوْ خِيَاظَةٍ (كَأَجْرَتِكَ هَذِهِ الدَّابَّةُ بِكَذَا) لِلرُّكُوبِ إِلَى كَذَا (أَوْ اسْتَأْجَرْتُكَ بِكَذَا) لِتَعْمَلَ لِي كَذَا لِلإِضَافَةِ إِلَى الْمُخَاطَبِ ،

الصرائح ولم يبين أنها كناية . انتهى « فتح الجواد »^(١) ، لكن في « التحفة » و « النهاية » : الجزم بأن ذلك كناية^(٢) .

قوله : (وهي) أي : الإجارة .

قوله : (تنقسم إلى إجارة عين) أي : وإلى إجارة ذمة كما سيأتي ، وهذا التقسيم لا ينافي تصحيحهم السابق : أن مورد الإجارة المنفعة ؛ لأن المراد بالعين ثم : ما يقابل المنفعة ، وهنا ما يقابل الذمة ، وهو محسوس يتقيد العقد به ، أو لأن المراد هنا : ارتباط العقد بها ، والمراد هناك : مورد .

قوله : (وهي) أي : إجارة العين .

قوله : (الواردة على عين) أي : على منفعة تتعلق بالعين ؛ لما تقرر : أن مورد الإجارة المنفعة ، وفي هذا تنزيل المعدوم الذي هو المنفعة منزلة الموجود فأوردوا العقد عليها ، أفاده الحلبي .

قوله : (كذابة معينة لركوب) أي : أو لحمل .

قوله : (أو شخص معين لنحو بناء أو خياطة) أي : ككتابة وغيرها من الصنائع والحرف .

قوله : (كأجرتك هذه الدابة) أي : الحمار مثلاً .

قوله : (بكذا) أي : مئة درهم مثلاً .

قوله : (للركوب إلى كذا) أي : جدة مثلاً أو للحمل إليها ، قال في « التحفة » : (ولا يشترط عندهما - أي : الشيخين - إن نوزعا فيه أن يقول : من الآن)^(٣) .

قوله : (أو استأجرتك بكذا لتعمل لي كذا) أي : الخياطة مثلاً ، أو لعمل كذا أو لكذا ، قال في « التحفة » : (فلا فرق بين هذه الصيغ ، وزعم فرق بينها كالوصية بالسكنى وأن تسكن ليس في محله ؛ لأن الخطاب هنا معين للعين ، فلم يفترق الحكم بذينك ولا كذلك ثم)^(٤) .

قوله : (للإضافة إلى المخاطب) أي : فإن الخطاب دال على ارتباط الإجارة بعين المخاطب ؛

(١) فتح الجواد (٥٨٥ / ١) .

(٢) تحفة المحتاج (١٢٣ / ٦) ، نهاية المحتاج (٢٦٣ / ٥) .

(٣) تحفة المحتاج (١٢٣ / ٦) .

(٤) تحفة المحتاج (١٢٥ / ٦) .

فَإِنْ زَادَ . . فتأكيد . (وَإِلَى إِجَارَةِ ذِمَّةٍ كَأَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ كَذَا) أي : خياطة كَذَا ، أَوْ حَمَلُهُ مَثَلًا بِكَذَا ،
(وَكَاسْتَجَارَ دَابَّةً مَوْصُوفَةً) بصفات السَّلَمِ لركوبٍ أَوْ حَمَلٍ ، وَلَا تُتَصَوَّرُ الذِّمَّةُ فِي الْعَقَارِ ؛ . . .

كما أن الإشارة في قوله : (استأجرت هذه الدابة) دالة على ارتباطها بعين المشار إليه ، والقول بأن
المثال المذكور لإجارة ذمة ؛ لأن المقصود حصول العمل من غير نظر لعين فاعله . . مردود بأنه لم
يجر لفظ الذمة ولا اللفظ ظاهر فيه ، وقد جزموا بالأول في الحج .

قوله : (فَإِنْ زَادَ . . فتأكيد) أي : فزيادة العين أو النفس في (استأجرت عينك) أو (نفسك
لكذا) تأكيد ، ولا خلاف حينئذ في كونها إجارة عين .

قوله : (وَإِلَى إِجَارَةِ ذِمَّةٍ) عطف على (إِلَى إِجَارَةِ عَيْنٍ) .

قوله : (كَأَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ كَذَا) أي : أو أسلمت إليك هذه الدراهم في خياطة هذا الثوب أو في
دابة صفتها كذا تحملي إلى مكة مثلاً . « حاشية الروض »^(١) .

قوله : (أَيْ : خِياطَةُ كَذَا) أي : القميص أو الجبة مثلاً .

قوله : (أَوْ حَمَلُهُ مَثَلًا) أي : كالإحجاج عنه .

قوله : (بِكَذَا) أي : مئة دينار مثلاً بيان للأجرة .

قوله : (وَكَاسْتَجَارَ دَابَّةً مَوْصُوفَةً) تصوير ثان لإجارة الذمة .

قوله : (بصفات السلم) أي : وهي كل صفة اختلف بها الغرض اختلافاً ظاهراً وغلب في
الجنس قصدها من حيث القيمة ، ومر ثم تفصيله .

قوله : (لركوب أو حمل) أي : إلى مكان معين ؛ كالمدينة .

قوله : (وَلَا تُتَصَوَّرُ الذِّمَّةُ) أي : إجارة الذمة ، بل إجارة العين فقط .

قوله : (فِي الْعَقَارِ) أي : بخلاف الدابة والآدمي يتصور فيهما إجارة الذمة والعين ، ومن ثم
جعل النووي في « المنهاج » إجارة العقار تمثيلاً لإجارة العين ولم يقيده بكونه معيناً ، ثم قال :
(ودابة أو شخص معينين) انتهى^(٢) ؛ ليفيد ما ذكر ، وفي كلامه تغليب المذكر على المؤنث ؛
لشرفه ، وإنما ثنائهما ؛ لأن (أو) فيه للتنويع فلا اعتراض عليه ، قال ابن قاسم : (فقد قال ابن
هشام : إن « أو » في قوله تعالى : ﴿ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَلَهُ أُوْلَىٰ هِمَا ﴾ للتنويع ، وحكمها [حكم
الواو] في وجوب المطابقة نص عليه الآمدي ، وهو الحق) انتهى^(٣) ، فاحفظه فإنه نفيس .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٢/٤٠٣) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٣٠٧) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٦/١٢٤-١٢٥) .

إِذْ لَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ بِدَلِيلٍ مَنَعَ السَّلَمَ فِيهِ . (وَ) يُشْتَرَطُ (فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ قَبْضُ الْأَجْرَةِ فِي الْمَجْلَسِ) قَبْضاً حَقِيقِيّاً ، نَظِيرَ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ ؛ لِأَنَّهَا سَلَمٌ فِي الْمَنَافِعِ ، فَيَجُوزُ كَوْنُهُ مَعِيناً وَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ قَدْرُهُ ،

قوله : (إذ لا يثبت في الذمة ؛ بدليل منع السلم فيه) أي : العقار فتتعين رؤيته ؛ إذ لا يمكن وصفه ؛ لأن موضعه مقصود لاختلاف الغرض به ، فلو ذكر . . لانحصر فيه ، وذلك يخالف وضع ما في الذمة ، قال في « المغني » : (والسفن هل تلحق بالدواب أو العقار ؟ لم يتعرضوا له ، والأقرب : إلحاقها بالدواب كما قاله الجلال البلقيني) انتهى^(١) .

وقال في « النهاية » : (أفتى الوالد رحمه الله تعالى بخلافه ، وهو : أنه لا تصح إيجارها إلا إجارة عين كالعقار ؛ بدليل عدم صحة السلم في السفن)^(٢) ، ومال في « التحفة » : إلى قول البلقيني حيث نقله وسكت عليه^(٣) .

قوله : (ويشترط في إجارة الذمة) أي : في صحتها .

قوله : (قبض الأجرة في المجلس) أي : قطعاً إن عقدت بلفظ السلم ، وعلى الأصح إن عقدت بلفظ الإجارة ؛ نظراً إلى المعنى .

قوله : (قبضاً حقيقياً) أي : إلا إن كانت الأجرة منفعة . . فإن قبضها بقبض محلها ، ولا يعلم من كلام المصنف وجوب كون الأجرة حالة ، وهو لا بد منه ؛ لأنه لا يلزم من القبض الحلول ، تأمل .

قوله : (نظير رأس مال السلم) أي : في وجوب القبض الحقيقي .

قوله : (لأنها سلم في المنافع) أي : فاشتراط في الأجرة ما اشترط في رأس مال السلم ؛ نظراً للمعنى ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (وإنما اشترطوا ذلك في العقد بلفظ الإجارة ولم يشترطوه في العقد على ما في الذمة بلفظ البيع مع أنه سلم في المعنى أيضاً ؛ لضعف الإجارة بورودها على معدوم وتعدر استيفائها دفعة ، ولا كذلك بيع ما في الذمة فيهما فجبوا ضعفها باشتراط قبض الأجرة في المجلس) تأمل^(٤) .

قوله : (فيجوز كونه) أي : الأجر ، والأنسب : كونها بالتأنيث .

قوله : (معيناً وإن لم يعرف قدره) أي : لإغناء التعيين عن معرفة القدر كما في رأس مال السلم .

(١) مغني المحتاج (٤٢٩/٢) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٦٤/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (١٢٥/٦) .

(٤) تحفة المحتاج (١٢٥-١٢٦/٦) ، نهاية المحتاج (٢٦٥/٥) .

وفي الذمة ولا يبرأ منها ، ولا يُحالُ بها ولا عليها ، ولا تُؤجَّلُ . (وَلَا بُدَّ مِنَ الْعِلْمِ بِالْأَجْرَةِ) في إجارة العين والذمة ،

قوله : (وفي الذمة) أي : ويجوز كونه في الذمة ، فهو معطوف على (معيناً) ، ولا بد حينئذ من معرفة قدرها وجنسها وصفتها .

قوله : (ولا يبرأ منها) أي : من الأجرة في إجارة الذمة ، قال في « حاشية الروض » : (فإن قيل : ما الفرق بين هذه المسألة وبين الحط في التولية حيث لم تبطل البيع ، ويقدر كأنه بلا ثمن ؟ قلنا : الجواب : أن إجارة الذمة غرر ، فلا بد من القبض في المجلس حساً ، ولا غرر في التولية فاكتمني فيها بالقبض الحكمي)^(١) .

قوله : (ولا يحال بها ولا عليها) أي : الأجرة ، ولا يستبدل عنها ، قال في « البهجة » : [من الرجز] فلا تجز عنها له استبداله ولا عليها وبها الحوالة^(٢) .
قوله : (ولا تؤجل) أي : لئلا يكون بيع دين بدين ، فإن وقع شيء من ذلك . . بطل العقد .
قوله : (ولا بد) أي : لصحة الإجارة .

قوله : (من العلم بالأجرة) أي : علم العاقلين بها ، قال شيخ الإسلام : (وأما إيجار عمر رضي الله تعالى عنه أرض السواد بأجرة مجهولة . . فلما فيه من المصلحة العامة المؤيدة)^(٣) .

قوله : (في إجارة العين والذمة) أي : فلا فرق بينهما في اشتراط معلومية الأجرة عند العاقلين ، فلو قال : أجرتك هذا ، أو ألزمت ذمتك حجة فلان بملء كفي دراهم . . لم يصح العقد ، وكذا لو قال : اعمل لأرضيك أو أعطيك شيئاً ، قال شيخ الإسلام : (وكذا لو أجره بنفقة وكسوته ، وهذا لا ينافيه جواز الحج بالرزق ؛ لأنه ليس بإجارة كما اقتضاه قول « الشرح الصغير » و« الروضة » : يجوز الحج بالرزق كما يجوز بالإجارة ، بل هو نوع من التراضي والمعونة كما أشار إليه البيهقي ، واختاره السبكي)^(٤) ، قال الناشري : (يعني : أن العامل يتبرع على صاحبه بالحج وصاحبه يتبرع عليه بالنفقة ، ومثله ما يقع أن المالك يقول لآخر : بع هذا بكذا وما زاد فهو لك ، فإن امتنع المالك بعد من دفع الزائد . . فلا شيء للآخر ؛ إذ ليس هنا عقد فاسد ولا صحيح) انتهى ، فليتأمل .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٠٥/٢) .

(٢) بهجة الحاروي (ص ١٢٢) .

(٣) أسنى المطالب (٤٠٤/٢) .

(٤) أسنى المطالب (٤٠٤/٢) .

لكنَّ الأجرَةَ فِي الْعَيْنَةِ لَهَا حَكْمُ الثَّمَنِ ، فَمَا فِي الذِّمَّةِ يَجُوزُ الْإِسْتِدَالُ عَنْهُ ، وَالْحَوَالَةُ بِهِ وَعَلَيْهِ ،
وَالْإِبْرَاءُ مِنْهُ ، وَتَعْجِيلُهُ وَتَأْجِيلُهُ ، وَيَجِبُ ضَبْطُهُ وَوَصْفُهُ ، وَيَجِبُ فِي الْمَعْيَنِ الرَّوْيَةُ وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ
قَدْرُهُ ، وَيَمْتَنَعُ تَأْجِيلُهُ ، وَيَمْلِكُ فِي الْحَالِ ،

قوله : (لكن الأجرة في العينة) أي : الإجارة العينية .

قوله : (لها حكم الثمن) أي : في البيع سواء كانت معينة أم في الذمة .

قوله : (فما في الذمة) أي : فالأجرة التي في الذمة ؛ بأن لم تعين .

قوله : (يجوز الاستبدال عنه والحوالة به وعليه والإبراء منه) أي : ولو في المجلس . (ع ش)^(١) .

قوله : (وتعجيله وتأجيله) أي : فإن أطلق عنهما . فمعجل ؛ كالثمن المطلق .

قوله : (ويجب ضبطه ووصفه) لعله عطف تفسير ، وعبرة « الأسنى » : (وفي ضبطه بالوصف)^(٢) .

قوله : (ويجب في المعين) أي : الأجر المعين .

قوله : (الروية) أي : وإن سبقت العقد بشرطها السابق .

قوله : (وإن لم يعرف قدره) أي : فتصح الإجارة بصيرة مرئية ، قال في « حاشية الروض » :
(لأن الأجرة كالثمن والمنفعة كالبيع ، فكل ما جاز أن يكون ثمناً . . جاز أن يكون أجرة ولو
منفعة)^(٣) .

قوله : (ويمتنع تأجيله) أي : لأن الأعيان لا تؤجل .

قوله : (ويملك في الحال) أي : بمجرد العقد ملكاً مراعى ؛ بمعنى : أنه كلما مضى جزء من
الزمان على السلامة . . بان أن المؤجر استقر ملكه من الأجرة على ما يقابل ذلك ، لا بمعنى استقرار
الجميع ، أما هو . . فباستيماء المنفعة أو بتفويتها ، ثم ظاهر كلامه : أن ملكه حالاً خاص بالمعينة ،
وليس مراداً ؛ ففي « التحفة » : (وإن كانت الأجرة معينة ؛ بأن ربطها بعين أو مطلقة أو في الذمة . .
ملك في الحال بنفس العقد وإن كانت مؤجلة ؛ كما يملك المستأجر المنفعة به . .) إلخ^(٤) ،
ومثله في غيرها .

(١) حاشية الشيرازي (٢٦٥ / ٥) .

(٢) أسنى المطالب (٤٠٤ / ٢) .

(٣) حواشي الرمي على شرح اروض (٤٠٥ / ٢) .

(٤) تحفة المحتاج (١٢٦ / ٦) .

ولا يجب تسليمها في المجلس . (فَلَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ) لدارٍ مثلاً (بِالْعِمَارَةِ) لها ، أو بدراهم معلومة على أن يعمرها بها وإن علمت العمارة كبيع الزرع على أن يحصده البائع ؛ لأنه مع شرط عمل فيه يقصد مثله في الأملاك فكان مبطلاً وإذا فعل المشروط . . رجع بأجرته وبما أنفقته ؛ . . .

قوله : (ولا يجب تسليمها في المجلس) أي : وإن كان في الذمة ، بل الواجب التسليم في محل العقد حيث لم يعين غيره وكان صالحاً ، وإلا . . . تعين .

قوله : (فلا تصح الإجارة لدار مثلاً . .) إلخ ، تفريع على اشتراط معلومية الأجرة .

قوله : (بالعمارة لها) أي : كأن يقول : أجرتكها بما تحتاج إليه من عمارة .

قوله : (أو بدراهم معلومة على أن يعمرها بها) أي : أو على أن يعمرها ، ولا يحسب ما ينفق من الأجرة ، ومثل ذلك إجارة الدابة بعلفها ، وكذا الإجار لسلخ مذبوحة ؛ كشاة بجلدها ، ولطحن نحو بر بيعض الدقيق أو بالنخالة ؛ للجهل بشخانة الجلد ورقته ونعومة أحد الأخيرين وخشونته ، ولعدم القدرة عليهما حالاً ، ولخبر الدارقطني وغيره : أنه صلى الله تعالى عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان^(١) ؛ أي : أن يجعل أجرة الطحن لحب معلوم قفيزاً مطحوناً منه ، لكن صورة المسألة أن يقول : لتطحن الكل بقفيز منه أو يطلق ، فإن قال : استأجرتك بقفيز من هذا لتطحن باقيه . . صح ، فضايط ما يبطل : أن يجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجير .

قوله : (وإن علمت العمارة) أي : خلافاً لـ « الإسعاد » ، قاله في « الفتح »^(٢) .

قوله : (كبيع الزرع على أن يحصده البائع) أي : فإنه لا يصح كما مر .

قوله : (لأنه مع شرط عمل فيه يقصد مثله في الأملاك فكان مبطلاً) أي : للعقد ، وإن علم الصرف . . فالتعليل هنا بالجهل بالصرف للغالب ، قال في « التحفة » : (فالحاصل : أنه حيث كان هناك شرط . . بطلت مطلقاً ، وإلا ؛ كأجرتكها بعمارتها : فإن عينت . . صحت ، وإلا . . فلا)^(٣) .
قوله : (وإذا فعل المشروط) أي : وهو العمارة ، قال في « التحفة » : (وقصد الرجوع بها ، وإلا . . فلا)^(٤) .

قوله : (رجع بأجرته وبما أنفقته) ظاهره : أنه لا يتوقف رجوعه على إسهاد ، وهو قريب . (ع ش)^(٥) .

(١) سنن الدارقطني (٤٧/٣) عن سيدنا أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٢) فتح الجواد (٥٨٦/١) .

(٣) تحفة المحتاج (١٢٧/٦) .

(٤) تحفة المحتاج (١٢٧/٦) .

(٥) حاشية الشيرازي (٢٦٦/٥) .

لأنه صرفه بالإذن بشرط العوض ، ولو أطلق العقد عن ذكر شرط صرف الأجرة ثم أذن له المؤجر في صرفها في العمارة جاز وإن اتحد القابض والمقبض ؛ لوقوعه ضمناً ، ويصدق المنفق إن ادعى محتملاً

قوله : (لأنه صرفه بالإذن بشرط العوض) أي : لا على جهة التبرع ، وظاهر ذلك : أنه لا فرق في الرجوع عند نيته بين كون الآذن مالكاً أو غيره ؛ كولي المحجور عليه وناظر الوقف ، والظاهر : أن المستأجر يرجع بما صرفه حيث كان جاهلاً بالفساد على الولي والناظر ، ولا رجوع لهما على جهة المحجور والوقف مطلقاً ؛ لأنه لا ينبغي لهما الإذن في الفساد ، أفاده (ع ش) ^(١) .

قوله : (ولو أطلق العقد . . .) إلخ ؛ أي : وذكر معلوماً ، وهذا محترز قوله : (أو بدراهم على أن يعمرها بها) .

قوله : (عن ذكر شرط صرف الأجرة) أي : في العمارة .

قوله : (ثم أذن له) أي : للمستأجر .

قوله : (في صرفها في العمارة) أي : وتبرع به المستأجر . « تحفة » و « نهاية » ^(٢) .

قوله : (جاز) أي : سواء كان ذلك في الملك أو الوقف . (ع ش) ^(٣) .

قوله : (وإن اتحد القابض والمقبض) أي : فإن المستأجر مقبض عن نفسه وقابض عن المؤجر .

قوله : (لوقوعه ضمناً) أي : فاغتر ذلك الاتحاد ؛ للحاجة ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (على أنه في الحقيقة لا اتحاد ؛ تنزيلاً للقابض من المستأجر وإن لم يكن معيناً منزلة الوكيل عن المؤجر وكالة صمنية) ^(٤) ، زاد الرملي : ويؤخذ من ذلك بطريق الأولى : صحة تسويغ الناظر بعض مستحقي الوقف بمعلومه على بعض سكان العين الموقوفة ؛ لأن الساكن ينزل منزلة وكيل الناظر ، فليتأمل ^(٥) .

قوله : (ويصدق المنفق) أي : وهو المستأجر بيمينه فيما إذا اختلفا في قدر الإنفاق أو في أصله .

قوله : (إن ادعى محتملاً) أي : بأن كان قدراً لا ثاقاً في العادة ، نظير ما في الوصي ، وإلا . . .

(١) حاشية الشبراملسي (٢٠٦/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (١٢٨/٦) ، نهاية المحتاج (٢٦٧/٥) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢٠٧/٥) .

(٤) تحفة المحتاج (١٢٨/٦) ، نهاية المحتاج (٢٦٧/٥) .

(٥) نهاية المحتاج (٢٦٧/٥) .

(وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَنْفَعَةِ كَوْنُهَا مُتَمَحِّضَةً) حَالِيَةً ، فلا يصحُّ استئجارُ شيءٍ لمنفعةٍ مترقيةٍ ؛ لأنَّ وضعَ الإجارةِ على تعجيلِ المنافعِ . نعم ؛ قد تستتبعُ المنفعةُ عيناً لضرورةٍ أو حاجةٍ ؛ كأستئجارِ امرأةٍ أو رجلٍ لرضاعٍ

احتاج لبينة ، واعترض ذلك بقولهم : لو قال الوكيل : أتيت بالتصرف المأذون فيه وأنكر الموكل . . صدق الموكل ، وأجيب بأنه ليس هناك شيء في الخارج يحال عليه قول الوكيل ، والأصل : عدم ما ادعاه ، وهنا العمارة موجودة في الخارج فلا جامع بين المسألتين ، ومقتضى هذا الفرق : أنه لو كان الموكل فيه نحو عمارة بمال دفعه إليه واختلفا بعد وجود عمارة بالصفة المأمور بها . . صدق الوكيل ، وهو واضح .

قوله : (ويشترط في المنفعة كونها متمحضة) أي : بالأ يتضمن عقد الإجارة استيفاء عين قصداً ، فلا يصح استئجار البستان لثمره والشاة لصوفها أو نتاجها أو لبنها ؛ لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة قصداً .

قوله : (حالية) أي : وكون المنفعة حالية .

قوله : (فلا يصح استئجار شيء لمنفعة مترقية) أي : كالجحش الصغير لا يمكن ركوبه الآن ، قال القليوبي : (جوزها الأئمة الثلاثة لمنفعة مستقبلية)^(١) .

قوله : (لأن وضع الإجارة على تعجيل المنافع) أي : بخلاف المساقاة على ما لا يثمر في تلك السنة ويثمر بعدها فإنها تصح ؛ لأن تأخر الثمار محتمل في كل مساقاة .
قوله : (نعم ؛ قد تستتبع المنفعة عيناً ؛ لضرورة أو حاجة) استدراك على اشتراط كون المنفعة متمحضة .

قوله : (كأستئجار امرأة) أي : ولو صغيرة ، قال في « الغرر » : (ويصح استئجارها لذلك ؛ بناء على طهارة لبنها)^(٢) .

قوله : (أو رجل) أي : لأنه في معنى الصغيرة ، بخلاف استئجار شاة مثلاً لإرضاع طفل أو سخله فإنه لا يصح ؛ لأن البهيمة لا تنقاد بطبعها .

قوله : (لرضاع) أي : لإرضاع الطفل ، وإنما جاز وإن لم يكن اللبن منفعة ؛ إذ لو منعت . . لاحتيج إلى شراء اللبن كل دفعة ، ولا يخفى ما فيه من المشقة العظيمة ؛ كيف والشراء إنما يمكن

(١) حاشية قليوبي (٧١/٣) .

(٢) الغرر البهية (٢٤٥/٦) .

- ولو ألبأ - وبئر للإستقاء بن مائها وإن لم تكن تابعة لغيرها ، وقناة للزراعة بمائها الجاري إليها من النهر ، لا قرارها لما سيحصل فيها بنحو مطر ؛ كبركة ، وأرض لأخذ ما يدخلها من نحو سمك ،

بعد الحلب ، ولا تتم تربية لطفل باللبن المحلوب .

قوله : (ولو ألبأ) هذا هو المعتمد ، فالقول بأن الاستئجار على إرضاع اللبن ممنوع ؛ لجوبه على المرأة . . ضعيف ؛ لأنه لا يلزم من الوجوب عدم جواز أخذ البذل ؛ بدليل بذل الطعام للمضطر فإنه واجب ، ويجوز أخذ بدله ، ثم الاستئجار للإرضاع مطلقاً يتضمن استيفاء اللبن ومقدماته ؛ كوضعه في الحجر والقام الثدي وعصره له بقدر الحاجة ، وتسمى هذه بالحضانة الصغرى ، والأصل الذي تناوله العقد فيما ذكر فعلها واللبن تابع كما أفهمه كلامه ؛ لتعلق الأجر في الآية بفعل الإرضاع لا باللبن ، ولأن الإجارة موضوعة لاستحقاق المنفعة ، فحيث استحققت بها عين لضرورة . . فهي تابعة ، أم الحضانة الكبرى ؛ وهي حفظ الطفل وتعهده بغسل رأسه وبدنه وثيابه وكحله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوها مما يحتاج إليه . . فلا يشملها الإرضاع ، بل لا بد من النص عليها .

قوله : (وبئر للإستقاء من مائها) عطف على (امرأة لرضاع) .

قوله : (وإن لم تكن تابعة لغيرها) أي : البئر ؛ للحاجة ، ومثلها أرض لها شرب اعتيد استئجارها معه . « فتح الجواد »^(١) .

قوله : (وقناة للزراعة بمائها) عطف أيضاً على (امرأة لرضاع) ، والقناة : هي الجدول المحفور .

قوله : (الجاري إليها من النهر) نعت للماء ؛ وذلك للحاجة .

قوله : (لا قرارها) أي : لا استئجار القرار من القناة دون الماء .

قوله : (لما سيحصل فيها بنحو مطر) أي : بأن استأجر القناة ليكون أحق بمائها الذي يحصل فيها بالمطر والثلج في المستقبل . . فإنه لا يصح ؛ لأنه استئجار لمنفعة مستقبلية .

قوله : (كبركة وأرض لأخذ ما يدخلها من نحو سمك) أي : فلو استأجر بركة متصلة بالبحر مثلاً ليأخذ ما يدخل من السمك أو أرضاً ليأخذ ما يتوصل فيها من الصيد . . لم يصح ؛ كاستئجار الأشجار لأخذ ثمارها ، قال في « فتح المعين » : (ونقل التاج السبكي في « توشيح » اختيار والده التقي السبكي في آخر عمره صحة إجارة الأشجار لثمارها) انتهى^(٢) ،

(١) فتح الجواد (٥٨٧/١) .

(٢) فتح المعين (ص ٣٧٧) .

وإن استأجرها لإجراء ماءٍ أو لحبسِ فيها حتى يجتمع فيه سمكٌ فيصطادهُ . . . صحَّ . وكونها (مُتَقَوِّمَةٌ مَقْدُوراً عَلَى تَسْلِيمِهَا) أَوْ تَسْلَمِهَا (حِسّاً وَشَرْعاً)

وهو ضعيف كما قاله شيخنا رحمه الله تعالى^(١) .

قوله : (وإن استأجرها) أي : القناة أو البركة أو الأرض .

قوله : (لإجراء ماء) أي : ليجري فيها ماء .

قوله : (أو لحبسِ فيها) أي : أو استأجرها ليحبس الماء فيها .

قوله : (حتى يجتمع فيه سمك فيصطاده) أي : منها .

قوله : (صح) أي : الاستئجار في الصورتين ؛ لأنه استئجار لمنفعة حالية .

قوله : (وكونها متقومة) أي : ويشترط في المنفعة كونها متقومة ؛ أي : لها قيمة ، فليس

المراد بـ (المتقومة) هنا : مقابلة المثلية ، وإنما اشترط ذلك ليحسن بذل المال في مقابلتها ،

وإلا ؛ بأن كانت محرمة أو خسيصة أو قليلة جداً . لم تصح الإجارة ؛ لأن بذل المال في مقابلتها

سفه وتبذير .

قوله : (مقدوراً على تسليمها) أي : المنفعة ؛ بأن قدر المؤجر على تسليمها ليتمكن المستأجر

منها ، والقدرة على التسليم تشمل ملك الأصل وملك المنفعة ، فيدخل المستأجر فله إيجار

ما استأجره ، وكذا للمقطع أيضاً إجارة ما أقطعه الإمام كما نقل عن « فتاوى الإمام النووي » لأنه

مستحق لمنفعته^(٢) ، لكن خالفه جمع من أهل عصره كالتاج الفزاري فقالوا بالبطلان ؛ لأنه لم يملك

المنفعة ، بل أن ينتفع كالمستعير ، قال الزركشي : (والحق : أن الإمام إذا أذن له في الإيجار أو

جرى عرف عام كديار [مصر . . صح] ، وإلا . . امتنع) انتهى^(٣) ، قال في « التحفة » : (ويوجه

صحة إيجاره مع ذلك في الأخيرة بأن اطراد العرف بذلك منزل منزلة الإذن من الإمام ، وحينئذ : فقد

يجمع بما قاله بين الكلامين) تأمل^(٤) .

قوله : (أو تسلمها) أي : المنفعة ؛ بأن قدر المستأجر على تسلمها وإن لم يقدر المؤجر على

تسليمها ، نظير ما مر في (البيع) .

قوله : (حساً وشرعاً) راجع للتسليم والتسليم معاً .

(١) إعانة الطالبين (١١٥/٣) .

(٢) فتاوى الإمام النووي (ص ١٥٢) .

(٣) انظر « تحفة المحتاج » (١٣٢/٦) .

(٤) تحفة المحتاج (١٣٢/٦) .

ووقوعاً للمستأجر أو نائبه . (فَلَا يَصِحُّ الْأَسْتِجَارُ) لِبَيْعِ (عَلَى) التَّلَفُّظِ بِمَحْضٍ (كَلِمَةٍ) أو كلماتٍ يسيرةٍ - ولو إيجاباً وقبولاً - لا تعبٍ عليه فيها بوجهٍ ؛ لكونِ المبيعِ مستقرَّ القيمةِ مثلاً

قوله : (ووقوعاً للمستأجر أو نائبه) أي : كموكله وموليه ، وسيأتي بيان كل من هذه القيود مع محترزه ، قال في « حاشية الروض » و« المغني » : (وضابط ما يجوز استجاره : كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة معلومة مقصودة تضمن باليد وتباح بالإباحة)^(١) .

قوله : (فلا يصح الاستجار لبائع) أي : دلال .

قوله : (على التلفظ بمحض كلمة) انظر ما فائدة زيادة لفظ [محض] وفي « المنهاج » إسقاطه ، وهو أولى . شيخنا رحمه الله تعالى^(٢) .

قوله : (أو كلمات يسيرة) أي : على الأوجه ، ومثل البائع : طبيب انفرد بمعرفة شيء من الأدوية ؛ إذ لا مشقة في التلفظ به وعلمه لا يتقل لغيره فليس مما يقابل بعوض ، بخلاف ما لو عرف الصيقل الماهر إزالة اعوجاج السيف والمرأة بضربة واحدة . . فله أخذ العوض عليها كما في « الإحياء » وإن كثر ؛ لأن هذه الصناعات يتعب في تعلمها ليكتسب ويخفف عن نفسه كثرة التعب^(٣) .

قوله : (ولو إيجاباً وقبولاً) أي : ولو كانت الكلمات المذكورة إيجاباً وقبولاً غاية لعدم الصحة ، قال في « فتح المعين » : (وأفتى شيخنا المحقق ابن زياد بحرمة أخذ القاضي الأجرة على مجرد تلقين الإيجاب - أي : أو القبول - إذ [لا] كلفة في ذلك ، وسبقه العلامة عمر الفتى بالإفتاء بالجواز إن لم يكن ولي المرأة فقال : إذا لقن الولي والزوج صيغة النكاح . . فله أن يأخذ ما اتفقا عليه بالرضا وإن كثر ، وإن لم يكن لها ولي غيره . . فليس له أخذ شيء على إيجاب النكاح ؛ لوجوبه عليه حينئذ . انتهى ، وفيه نظر ؛ لما تقرر آنفاً)^(٤) .

قوله : (لا تعب عليه فيها بوجه) نعت لـ (كلمة أو كلمات يسيرة) ، والمراد : عدم التعب عادة كما بحثاه في « التحفة » و« النهاية »^(٥) .

قوله : (لكون المبيع مستقر القيمة مثلاً) أي : في البلد ؛ كالخبز واللحم .

(١) حواشي الرمي على شرح الروض (٤٠٦/٢) ، مغني المحتاج (٤٣١/٢) .

(٢) إعانة الطالبين (١١١/٣)

(٣) إحياء علوم الدين (١٥٥/٢) .

(٤) فتح المعين (ص ٣٧٥) .

(٥) تحفة المحتاج (١٣٠/٦) ، نهاية المحتاج (٢٦٩/٥) .

وإن رَوَّجَتِ السَّلْعَةَ ؛ إِذْ لَا قِيَمَةَ لَهَا ، فَإِنْ تَعَبَ . . فَلَهُ أَجْرُهُ الْمَثَلِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ لَمَّا لَمْ يَتِمَّ إِلَّا بِهِ . . نُزِّلَ مَنْزِلَتُهُ مَعَ كَوْنِهِ طَامِعاً ، أَمَّا مَا فِيهِ تَعَبٌ كَالْمَخْتَلَفِ الثَّمَنِ بِأَخْتِلَافِ الْمُتَعَاقِدِينَ . . فَيَصِحُّ الْإِسْتِجَارُ لَهُ . (وَلَا يَصِحُّ اسْتِجَارُ كُلِّ لِلصَّيْدِ) إِذْ لَا قِيَمَةَ لِمَنْفَعَتِهِ شَرْعاً ،

قوله : (وإن روجت السلعة) أي : نفقتها ، قال في « القاموس » : (راج رواجاً : نفق ، وروَّجته : نفقته)^(١) .

قوله : (إذ لا قيمة لها) أي : الكلمة أو الكلمات اليسيرة ؛ تعليل لعدم الصحة .

قوله : (فإن تعب) أي : البيع بكثرة تردد أو كلام ، قال شيخنا رحمه الله تعالى : (ولا يخفى أن الصورة مفروضة في الاكتراء على ما لا يتعب حتى لا يصح ، فيكون التعب هذا عارضاً غير الذي انتفى من أصل العقد ، وبه يندفع ما يقال : إن في كلامه تنافياً ، فتأمل)^(٢) .

قوله : (فله أجره المثل) لعل محله إذا لم يكن عالماً بالفساد ، وإلا . . فمحله تأمل ، قاله السيد عمر البصري .

قوله : (لأن المعقود عليه لما لم يتم إلا به) أي : بما فعله البيع الذي تعب به .

قوله : (نزل منزلته) أي : المعقود عليه ، وبهذا التعليل ردوا ما بحثه الأذرعى أن الفرض أنه استأجره على ما [لا] تعب فيه ، فتعبه غير معقود عليه فيكون متبرعاً به ، فليتأمل .

قوله : (مع كونه طامعاً) أي : في الأجرة ، وبه يتجه ما مر عن السيد عمر البصري .

قوله : (أما ما فيه تعب) : مقابل قوله : (لا تعب عليه فيها بوجه) .

قوله : (كالمختلف الثمن باختلاف المتعاقدين) أي : كالثياب والعبيد والدور ونحوها مما للبيع فيه مزيد نفع .

قوله : (فيصح الاستئجار له) أي : البيع لذلك ؛ وكأنهم اغتفروا جهالة العمل هنا للحاجة ؛ فإنه لا يعلم مقدار الكلمات التي يأتي بها ، ولا مقدار الزمان الذي يصرف فيه التردد للنداء ، ولا الأمكنة التي يتردد إليها . (ع ش)^(٣) .

قوله : (ولا يصح استئجار كلب) أي : معلم أو غير معلم .

قوله : (للصيد) أي : أو لحراسة الزرع أو الماشية أو الدرب أو غيرها .

قوله : (إذ لا قيمة لمنفعته شرعاً) أي : كما لا قيمة لعينه ، قال في « الأسنى » : (ولأن اقتناءه

(١) القاموس المحيط (٣٩٩/١) ، مادة : (راج) .

(٢) إعانة الطالبين (١١٢/٣) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢٧٠/٥) .

بخلاف هرة لدفع فأر ، ونحو فهد لصيد ، ولا تفاحة للشم بخلاف تفاحات ، ولا تزيين بطعام أو دراهم أو دنائير ؛ إذ لا يُقَابَلُ بمالٍ . ومن ثم لو كان لها عُرَى تُعَلَّقُ .. صحَّ ؛

ممنوع إلا لحاجة ، وما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه ؛ كركوب البدنة المهداة ^(١) .

قوله : (بخلاف هرة لدفع فأر) أي : فيصح استئجارها له ؛ لأنها تنقاد بطبعها لصيد الفأر ، قال (ع ش) : (ومن طرق استحقاؤه أجرة للهرة أن يضع يده عليها لعدم مالك لها ويتعهدا بالحفظ والتربية فيملكها بذلك ؛ كالوحوش المباحة حيث تملكها بالاصطياد) ^(٢) .

قوله : (ونحو فهد لصيد) أي : والبازي والشبكة له تصح استئجارها ؛ إذ لمنافعها قيمة ، ومن ثم جاز استئجار الطير للأنس بصوته ؛ كالعندليب ، أو لونه ؛ كالطاووس ، والشجر للاستغلال بظله أو الربط به أو لتجفيف الثياب عليه .

قوله : (ولا تفاحة للشم) عطف على (كلب) ، وإنما لم يصح استئجارها له ؛ لأنها لا تقصد فهي كحبة بر في البيع .

قوله : (بخلاف تفاحات) أي : كثيرة يصح استئجارها للشم ، قال في « التحفة » : (كما يجوز استئجار مسك ورياحين للشم ، كذا ذكره الرافعي ، لكن نازع فيه السبكي وغيره ؛ لأن هذين القصد منهما الشم ، وذاك القصد منه الأكل قل أو كثر) ^(٣) .

قوله : (ولا تزيين بطعام أو دراهم أو دنائير) أي : ولا يصح استئجار لأجل تزيين بطعام ... إلخ ، بخلاف إعارتها للتزيين كما مر ، قال في « حاشية الفتح » : (ويتردد النظر في استئجار ذهب ليجعل مع طعام يطبخ ؛ لأنه لا وقع له ، وإنما النفع فيه بطريق الخاصة لا غير ، والذي يتجه صحته : إن كان كثيراً ؛ بحيث يكون له وقع عند أهل العرف بذلك) انتهى ^(٤) .

قوله : (إذ لا يقابل بمال) أي : فإن منفعة الزينة بذلك غير متقومة فلا تقابل بمال ، ولأنها لا تضمن بالغصب فلا تصح إيجارتها كوطء الأمة .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل هذا التعليل .

قوله : (لو كان لها عُرَى تُعَلَّقُ .. صح) أي : استئجارها للتزيين كما بحثه الأذرعى ، بخلاف المثقوبة ؛ لحرمة التزيين به كما مر في (الزكاة) .

(١) أسنى المطالب (٤٠٦/٢)

(٢) حاشية الشبرايملي (٦٩/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (١٣٠/٦)

(٤) حاشية فتح الجواد (١/٨٧-٥٨٨) .

لأنّها حينئذٍ حلّيّ ، واستتجارُ الحلّيّ صحيحٌ . (وَلَا اسْتِجَارُ آبِقٍ) ونحوه ممّا لا يقدرُ على تسليمه أو تسلّمه عقبُ العقدِ ، ولا استتجارُ غيرِ قارىءٍ لتعليمِ القرآنِ وإن اتسعتِ المُدّةُ ؛ للعجزِ في الكلِّ عَنْ تسليمِ المنفعةِ كالباعِ . (وَلَا) استتجارُ (أرضٍ للزراعةِ)

قوله : (لأنها حينئذٍ حلّيّ) تعليل للصحة .

قوله : (واستتجار الحلّيّ صحيح) أي : حتّى بمثله من ذهب أو فضة ؛ لأن المعقود عليه في الإجارة المنفعة ، فلا ربا في ذلك ؛ لأنه إنّما يكون في بيع النقد بمثله .

قوله : (ولا استتجار آبِقٍ ونحوه) أي : ولا يصح استتجار ... إلخ .

قوله : (ممّا لا يقدر على تسليمه أو تسلّمه) بيان للنحو ، فدخل فيه المغصوب لغير من هو بيده ولا يقدر هو أو المؤجر على انتزاعه ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (وألحق الجلال البلقيني بذلك ما لو تبين أن الدار مسكن الجن وأنهم يؤذون الساكن برجم أو نحوه ، وهو ظاهر إن تعذر دفعهم ، وعليه : فطروء ذلك بعد الإجارة كطروء الغصب بعدها)^(١) أي : فلا تنفسخ به الإجارة ويثبت للمكثري الخيار . (ع ش)^(٢) .

قوله : (عقب العقد) أي : قبل مضي مدة لمثلها أجرة .

قوله : (ولا استتجار غير قارىء) أي : أو أخرس .

قوله : (لتعليم القرآن) أي : إجارة عين ، وكذا أعمى للحفاظ فيما يحتاج للنظر ، بخلاف استتجاره لحفظ شيء بيده أو جلوسه خلف باب للحراسة ليلاً فإنه يصح ، وخرج به إجارة العين) : إجارة الذمة فتصح مطلقاً ؛ لأنها سلم وعلى المسلم إليه تحصيل المسلم فيه بأي طريق كان .

قوله : (وإن اتسعت المدة) أي : لتعلمه قبل تعليمه ؛ لأن المنفعة مستحقة من عينه والعين لا تقبل التأجيل .

قوله : (للعجز في الكل عن تسليم المنفعة) تعليل لمسألة الآبق وما بعده .

قوله : (كالباع) التشبيه في أصل الحكم فإنه لا يشترط ثم كون القدرة قبل مضي مدة لها أجرة ، بل الشرط أن يقدر بلا مؤنة أو كلفة لها وقع . (ع ش)^(٣) .

قوله : (ولا استتجار أرض للزراعة) أي : أو مطلقاً والزراعة فيها متوقعة ، كذا في

(١) تحفة المحتاج (١٣٣/٦) ، نهاية المحتاج (٢٧١/٥) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٢٧١/٥) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢٧١/٥) .

والحالة أنه (لا ماء لها) دائم أو غالب ؛ لعدم القدرة على تسليمها وتسليمها حينئذ (إلا إن كفاها المَطَرُ) أو غيره (المَعْتَادُ) بأن غلب حصوله فيها . . فيصح استئجارها حينئذ ؛ إذ لا مانع . ويصح استئجارها للزَّرْع قبل انحسار الماء عنها

« التحفة »^(١) ، قال السيد عمر البصري : (يتأمل صورة الإطلاق) ، قال الشرواني : (صورته : أنه لو لم تصلح الأرض إلا لجهة واحدة من البناء والزراعة والغراس . . فإنه يكفي فيها الإطلاق ، ولا يشترط تبين المنفعة ، وإليه أشار بقوله : « والزراعة فيها متوقعة » أي : فقط) فليتأمل^(٢) .
قوله : (والحالة أنه لا ماء لها دائم) أي : مستمر يجيء عند الاحتياج إليه .
قوله : (أو غالب) أي : يكفيها .

قوله : (لعدم القدرة . .) إلخ ، تعليل لعدم الصحة .
قوله : (على تسليمها وتسليمها حينئذ) أي : حين إذ لا ماء لها دائم أو غالب ، ومجرد الإمكان لا يكفي ؛ كما كان عود الآبى والمغصوب .
نعم ؛ لو قال المكري : أنا أحفر لك بئراً لتسقيها منها أو أسوق الماء إليها من موضع آخر . . صحت الإجارة ؛ أي : إن كان قبل مضي مدة من وقت الانتفاع بها لها أجرة ، أما لو استأجرها للسكنى أو لما شاء . . فإنه يصح .

قوله : (إلا إن كفاها) أي : الأرض .
قوله : (المطر أو غيره المعتاد) أي : كالثلوج المجتمعة في نحو جبل .
قوله : (بأن غلب حصوله فيها) أي : حصول نحو المطر في تلك الأرض .
قوله : (فيصح استئجارها) أي : كما يصح استئجارها حيث كان لها ماء دائم من نحو عين أو نهر أو بئر ؛ لإمكان الزراعة فيها حينئذ .

قوله : (إذ لا مانع) أي : فإن الظاهر حصول الماء حينئذ ، وبحث ابن الرفعة أن استئجار الحمام كاستئجار الأرض لزراعة ؛ أي : فإن كان له ماء معتاد أو يغلب حصوله . . صح ، وإلا . . فلا .

قوله : (ويصح استئجارها للزَّرْع) أي : الزراعة .
قوله : (قبل انحسار الساء عنها) أي : انكشافه عن الأرض ، قال في « المغني » : (فإن قيل :

(١) تحفة المحتاج (١٣٣/٦)

(٢) حاشية الشرواني (١٣٣/٦) .

وإن منع رؤيتها ؛ لأنه لمصلحتها ، لكن يشترط أن يوثق بانحساره عنها . ويدخل نصيبها من الماء إن اعتيد دخوله أو شرط ، فإن اضطرب العرف فيه أو استثنى .. لم يصح العقد

ينبغي عدم الصحة ؛ لأن الانتفاع عقب العقد شرط والماء يمنعه . . أجيب بأن الماء من مصالح الزرع ، وبأن صرفه ممكن في الحال بفتح موضع ينصب إليه فيتمكن من الزرع حالاً ؛ كاستئجار دار مشحونة بامتعة يمكن نقلها في زمن لا أجرة له (تأمل^(١)) .

قوله : (وإن منع رؤيتها) أي : بأن ستر الماء عن رؤية الأرض ؛ بأن كان كدراً .

قوله : (لأنه لمصلحتها) أي : الأرض ، قال شيخ الإسلام : (كاستئجار الجوز واللوز بالقشر)^(٢) ، قال (سم) : (فلا بد من رؤيتها مستورة بالماء ؛ كما يشترط رؤيتها في قشرهما ، فلا يصح إيجارها غائبة كما قد يتوهم)^(٣) .

قوله : (لكن يشترط) أي : لصحة إجارة الأرض قبل انحسار الماء عنها .

قوله : (أن يوثق بانحساره عنها) أي : الأرض وقت الزراعة ، وإلا . . فلا يصح ؛ كما لو كانت الأرض على شط نهر ، والظاهر : أنه يغرقها وتنهار في الماء . . لم يصح استئجارها ؛ لعدم القدرة على تسليمها ، بخلاف ما احتمل ذلك ولم يظهر فإنه يصح ؛ لأن الأصل والغالب السلامة .

قوله : (ويدخل نصيبها من الماء) أي : فيما لو استأجرها للزراعة ولها شرب معلوم .

قوله : (إن اعتيد دخوله) أي : النصيب بعرف مطرد .

قوله : (أو شرط) أي : في دخوله ، قال السبكي : (وإذا دخل الشرب . . فهل نقول : يملك المستأجر الماء ، أو لا بل يسقي به على الملك المؤجر ؟ كل محتمل ، والأقرب : الثاني) ، قال (ع ش) : (فلو فضل منه شيء عن السقي . . كان للمؤجر ؛ لبقائه على ملكه)^(٤) .

قوله : (فإن اضطرب العرف فيه) أي : في دخوله وعدمه بأن كانت تكرى وحدها تارة ومعه أخرى .

قوله : (أو استثنى) أي : بأن شرط عدم دخوله .

قوله : (لم يصح العقد) أي : للاضطراب في الأول ، وكما لو استثنى ممر الدار في بيعها في

الثاني .

(١) مغني المحتاج (٤٣٣/٢) .

(٢) أسنى المطالب (٤٠٧/٢) .

(٣) حاشية ابن قاسم على الغرر (٢٥٢/٦) .

(٤) حاشية الشيرازي (٢٧١/٥) .

إِلَّا إِنْ كَانَ لَهَا شَرْبٌ غَيْرُهُ . (وَلَا) يَصِحُّ أَيْضاً (الْإِسْتِجَارُ لِقَلْعِ سِنِّ صَحِيحَةٍ) لَا أَلَمَ بِهَا شَدِيدٌ ، وَلَا أَسْتَحَقَّ قَلْعُهَا قَوْدًا ؛ لِلْعَجْزِ عَنْهُ شَرْعًا ؛ لِحَرَمَتِهِ ، فَهُوَ كَالِإِسْتِجَارِ لِسَائِرِ الْمُحَرَّمَاتِ ؛ كَالنِّاحَةِ ، وَالزَّمْرِ ، وَعَيْنِ حَائِضٍ وَنَفْسَاءَ مُسْلِمَةٍ

قوله : (إِلَّا إِنْ كَانَ لَهَا شَرْبٌ غَيْرُهُ) أي : فيصح حينئذ مع الاضطراب والاستثناء ؛ لزوال المانع بالاغتناء عن شربها .

هذا ؛ والشرب بكسر الشين : النصيب من الماء .

قوله : (وَلَا يَصِحُّ أَيْضاً) أي : كما لا يصح ما تقدم من الصور .

قوله : (الْإِسْتِجَارُ لِقَلْعِ سِنِّ صَحِيحَةٍ) أي : وفي معناها : كل عضو سليم من آدمي أو غيره .

قوله : (لَا أَلَمَ بِهَا شَدِيدٌ) أي : فحينئذ لو استأجر من يفعل ذلك وفعل . . لم يستحق أجره .

نعم ؛ لو جهل الأجير أنها صحيحة . . استحق الأجرة كما بحثه (ع ش)^(١) ، ولو اختلفا .

صدق الأجير ؛ لأنه الظاهر من حاله فإن الغالب في الإجارة هنا [أن] لا تقع إلا على ذلك .

قوله : (وَلَا أَسْتَحَقَّ قَلْعُهَا قَوْدًا) أي : وأما المستحق قلعها في قصاص . . فيجوز الاستئجار

له ؛ لأن الاستئجار في القصاص واستيفاء الحدود جائز ، وفي « البيان » : أن الأجرة على المقتصر

منه إذا لم ينصب الإمام جلاًداً يقيم الحدود ويرزقه من مال المصالح . انتهى « مغني »^(٢) .

قوله : (لِلْعَجْزِ عَنْهُ شَرْعًا ؛ لِحَرَمَتِهِ) أي : قلع السن الصحيحة ، وبه يعلم : أن العجز الشرعي

كالعجز الحسي .

قوله : (فَهُوَ) أي : استئجار قلع السن الصحيحة .

قوله : (كَالِإِسْتِجَارِ لِسَائِرِ الْمُحَرَّمَاتِ ؛ كَالنِّاحَةِ وَالزَّمْرِ) أي : وتعليم نحو « التوراة »

والسحر والفحش والنجوم والرمل ، وغير ذلك .

قوله : (وَعَيْنِ حَائِضٍ وَنَفْسَاءَ) أي : بخلاف استئجارها ذمة فيصح .

قوله : (مُسْلِمَةٍ) أي : بخلاف الذمية إذا أمنت التلويث على ما بحثه الأذرع ؛ لجواز تمكين

الكافر الجنب من المكث في المسجد ، لكن قال (ع ش) : (لو قيل بعدم الصحة مطلقاً . . لم

يبعد ؛ لأن في صحة الإجارة تسليطاً لها على دخول المسجد ومطالبتها منا بالخدمة ، وفرق بين هذا

ومجرد عدم المنع ؛ ويؤيده حرمة بيع الطعام للكافر في نهار رمضان مع أننا لا نتعرض له إذا وجدناه

(١) حاشية الشيرازي (٢٧٢/٥) .

(٢) مغني المحتاج (٤٣٤/٢) .

لخدمة المسجد . أمّا إذا حلّ قلعها كأن صعب ألمها ، وقال طبيب عدل - ولو رواية - : إنه يزول بالقلع .. فيجوز الاستئجار له ؛ كقصدي ، وحجم - واليد المتأكلة كالسنّ الوجعة - ولا يلزم المستأجر تمكين الأجير من القلع ، لكن إذا سلمه نفسه ومضت مدة إمكان العمل

يأكل أو يشرب) انتهى^(١) ، وهو وجيه جداً .

قوله : (لخدمة المسجد) أي : وإن أمنت التلويث ؛ لاقتضاء الخدمة المكث ، فلو دخلت وكنست .. عصت ولم تستحق أجرة ، وفي معنى الحائض المستحاضة ومن به سلس بول أو جراحة نضاجة يخشى منها التلويث .

قوله : (أما إذا حل قلعها) أي : السن لكونها وجعة .

قوله : (كأن صعب ألمها) أي : قوي بحيث يشق الصبر عليه مشقة شديدة .

قوله : (وقال طبيب عدل ولو رواية : إنه يزول بالقلع) أي : أو القطع ، بخلاف ما إذا لم يخبر بذلك .. لا يجوز استئجار قلعها وإن اشتد ألمها .

نعم ؛ إن علم هو بنفسه .. جاز كما في نظائره .

قوله : (فيجوز الاستئجار له) أي : لقلع السن المذكورة ؛ للحاجة ، وكذا لو كان السن صحيحة ولكن انصب تحتها مادة من نزلة أو نحوها وقد قال أهل الخبرة : لا تزول المادة إلا بقلعها .. فإنه يجوز قلعها والاستئجار عليه كما بحثه الأذري ؛ للضرورة .

قوله : (كقصدي وحجم) أي : فإنه يصح الاستئجار لهما ، واستشكل الأذري الصحة هنا بعدمها في كلمة البيع التي لا تتعب ، وأجيب بأن ما هنا في معنى إصلاح عوج السيف بضربة لا تتعب ، وقد تقدم : أنه يصح ، قال في « النهاية » : (بل يمنع دعوى نفي التعب ؛ لأن تمييز العرق وإحسان ضربه لا يخلو عن تعب)^(٢) ، ونحوه في « التحفة »^(٣) .

قوله : (واليد المتأكلة كالسن الوجعة) أي : فيجوز الاستئجار لقطعها بالشرط المذكور .

قوله : (ولا يلزم المستأجر تمكين الأجير من القلع) أي : فلو امتنع المستأجر من القلع من غير أن يسكن الوجع .. لم يجبر عليه ؛ كما قاله صاحب « الشامل » .

قوله : (لكن إذا سلمه نفسه) أي : سلم الأجير نفسه للمستأجر .

قوله : (ومضت مدة إمكان العمل) أي : القلع .

(١) حاشية الشبرايملي (٢٧٣/٥) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٧٣/٥) .

(٣) تحفة المحتاج (١٣٦/٦) .

لزمته الأجرة له ، وهي غير مستقرة ؛ إذ لو سقطت أو برئت . . رَدَّهَا ؛ لانفساخ الإجارة .
(وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً) بأن يعرف المعقود عليه عيناً في العينية ، وصفة في إجارة الذمة ،
وقدر المنفعة فيهما ، فلا تصح إجارة أحد هذين ، ولا ما لم يره العاقدان ، ولا ما لم يُقدَّر فيه
المنفعة إن كان له منافع

قوله : (لزمته الأجرة له) أي : الأجير .

قوله : (وهي غير مستقرة) يعني : لكنها غير مستقرة ، ويفارق ذلك ما لو حبس الدابة مدة
إمكان السير حيث تستقر الأجرة ؛ لتلف المنافع تحت يده .

قوله : (إذ لو سقطت أو برئت) أي : تلك السن .

قوله : (ردها) أي : رد الأجير الأجرة للمستأجر ؛ كمن مكنت الزوج فلم يطأها ثم فارقها . .
فإن المهر يجب تسليمه بالتمكين غير مستقر وترد نصفه بعد الفراق .

قوله : (لانفساخ الإجارة) أي : بالسقوط والبراء ، وخالفه الرملي في صورة البرء حيث قال :
(ولو استأجره لقلع وجعة فبرئت . . لم تنفسخ ؛ بناء على جواز إبدال المستوفى به ، والقول
بانفساخها مبني على مقابلة ^(١)) ، والقلبي في الصورتين معاً فإنه قال : (والمعتمد : أنه يستحق
الأجرة ولو سقطت) ^(٢) .

قوله : (ويشترط كون المنفعة معلومة) أي : للعاقدين ، وإنما لم يقل : وكونها معلومة ؛
لكثرة أبحاث هذا الشرط .

قوله : (بأن يعرف المعقود عليه عيناً في العينية) أي : الإجارة العينية ؛ تصوير لكونها
معلومة .

قوله : (وصفة في إجارة الذمة) أي : وبأن يعرف المعقود عليه صفة في إجارة الذمة .

قوله : (وقدر المنفعة فيهما) أي : وبأن يعرف قدر المنفعة في العينية والذمة ؛ وذلك كالبيع ،
إلا في الأخيرة : فإن المعين إذا بيع . . تغني مشاهدته عن معرفة قدره ، والفرق : أن المنافع ليس
لها حضور محقق ، وإنما هي متعلقة بالاستقبال فالمشاهدة لا يطلع بها على الغرض ، تأمل .

قوله : (فلا تصح إجارة أحد هذين) أي : العبدین مثلاً .

قوله : (ولا ما لم يره العاقدان) أي : بأن كان غائباً لم يرباه قبل .

قوله : (ولا ما لم يقدر فيه المنفعة إن كان له منافع) أي : كأرض ودابة ، وعبرة « الغرر » :

(١) نهاية المحتاج (٢٧٣/٥) .

(٢) حاشية قلوبوي (٧٠/٣) .

ما لَمْ يَقُلْ : لتتفعَ بها ما شئتَ في الأرضِ ، دونَ الدَّابَّةِ للضَّررِ ، فإنْ لم تكنْ لها إلاَّ منفعةٌ واحدةٌ . .
حُمِلَتْ عَلَيْهَا . ثُمَّ تَقْدِيرُهَا إمَّا أَنْ يَكُونَ (بِالزَّمَانِ) الْمَعْلُومِ الْقَدْرِ

(ولا إيجار ما تعددت جهة منفعته بلا تعين)^(١) ، قال في « التحفة » : (نعم ؛ يجوز دخول الحمام بأجرة إجماعاً مع الجهل بقدر المكث وغيره ، لكن الأجرة في مقابلة الآلات لا الماء ، فعليه : ما يسكب به الماء غير مضمون على الداخل ، وثيابه غير مضمونة على الحمامي ما لم يستحفظه عليها ويجيبه لذلك ولو بالإشارة برأسه) كما في « التحفة »^(٢) .

قوله : (ما لم يقل : لتتفع بها ما شئت في الأرض) أي : فإن قال ذلك . . صح إن كانت العين أرضاً ، قال ابن قاسم : (لكن يشترط أن يتفع بها على الوجه المعتاد وعدم الإضرار ، فعليه إراحة المأجور على الوجه المعتاد كما في إراحة الدابة ؛ لأن العادة محكمة ، والتعميم محمول عليها ؛ للحوق الضرر بالمالك بمخالفتها)^(٣) .

قوله : (دون الدابة ؛ للضرر) أي : فلو قال : أجزتك الدابة لتتفع بها ما شئت . . لم تصح ؛ للضرر عليها .

قوله : (فإن لم تكن لها) أي : للعين المؤجرة .

قوله : (إلا منفعة واحدة) أي : كالبساط للفرش ، قال (ع ش) : (أي : عرفاً ، فلا ينافي أنه يمكن الانتفاع به بغير الفرش ؛ كجعله خيمة مثلاً)^(٤) .

قوله : (حملت عليها) أي : فيصح إيجارها بغير تقدير المنفعة ، وحمل الإطلاق على تلك المنفعة .

قوله : (ثم تقديرها) أي : المنفعة ، وهذا بيان لكيفية تقديرها فيما إذا كانت للعين منافع .

قوله : (إما أن يكون بالزمان . . .) إلخ ، اعلم : أن الأقسام كما قاله (سم) ثلاثة : ما لا يقدر إلا بالزمان ، وما يقدر بأحد الأمرين : العمل ، والزمَن ، ولا يقدر إلا بالعمل ، فد (أو) في كلام المصنف مانعة خلو ، تأمل^(٥) .

قوله : (المعلوم القدر) أي : فلا بد من كون الزمان معلوماً .

(١) الغرر البهية (٢٤٧/٦) .

(٢) تحفة المحتاج (١٤٢/٦) .

(٣) حاشية ابن قاسم على الغرر (٢٤٧/٦) .

(٤) حاشية الشيرازي (٢٧٩/٥) .

(٥) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٤٤/٦) .

كَالْسَكْنَى سَنَةً ، وَيَخْتَصُّ بِإِجَارَةِ الْعَيْنِ ؛ فَلَا يَصِحُّ : أَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ عَمَلَ الْخِيَاطَةِ شَهْرًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْينَ عاملاً وَلَا محلاً لِلْعَمَلِ . وَمِنْ ثَمَّ لَوْ بَيَّنَّ صِفَةَ الْعَمَلِ وَنَوْعَ محلِّهِ . . صَحَّ ، وَيَصِحُّ : أَجْرْتُكَهَا لِتَسْكُنَهَا ، لَا عَلَى أَنْ تَسْكُنَهَا ، عَلَى مَا فِي « الْبَحْرِ » ،

قوله : (كَالسَكْنَى سَنَةً) أي : أو الرضاع لهذا شهراً ، قال النووي : (وأجمعوا على جواز الإجارة شهراً مع أنه قد يكون ثلاثين وقد يكون تسعة وعشرين)^(١) ، قال الزركشي : (لكن إذا أجره شهراً معيناً بثلاثين درهماً كل يوم منه بدرهم فجاء الشهر تسعة وعشرين . . بطل ؛ كما لو باع الصبرة بمئة درهم كل صاع بدرهم فخرجت تسعين مثلاً) .

قوله : (وَيَخْتَصُّ بِإِجَارَةِ الْعَيْنِ) أي : فلا يأتي التقدير بالزمان في إجارة الذمة .
قوله : (فَلَا يَصِحُّ : أَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ عَمَلَ الْخِيَاطَةِ شَهْرًا) أي : بخلاف ما لو قال : استأجرتك للخياطة شهراً . . فإنه يصح .

قوله : (لِأَنَّهُ لَمْ يَعْينَ عاملاً) أي : فإن العمل الملتزم في الذمة المقصود منه حصول العمل من غير تعلقه بواحد بعينه . (ع ش)^(٢) .

قوله : (وَلَا محلاً لِلْعَمَلِ) أي : فلا ترتفع الجهالة .
قوله : (وَمِنْ ثَمَّ) أي : من أجل تعليل عدم الصحة بما ذكر .
قوله : (لَوْ بَيَّنَّ صِفَةَ الْعَمَلِ وَنَوْعَ محلِّهِ) أي : كونه قميصاً أو غيره .
قوله : (صَحَّ) أي : كما بحثه ابن الرفعة وصرح به القفال وعلله بأنه لا فرق بين الإشارة إلى الثوب ووصفه . « شرح البهجة » وغيره^(٣) .

قوله : (وَيَصِحُّ : أَجْرْتُكَهَا لِتَسْكُنَهَا) أي : الدار ؛ إذ ليس فيه حجر على المستأجر فإنه ينتظم معه : إن شئت ، وإن لم تشأ . . فأسكنها من شئت .

قوله : (لَا عَلَى أَنْ تَسْكُنَهَا) أي : لا يصح أجرتها على أن تسكنها ؛ لما فيه من الحجر على المستأجر فيما ملكه بالإجارة فإن صيغة (على) صريحة في الاشتراط ، بخلاف ما قبله كما تقرر .
قوله : (عَلَى مَا فِي الْبَحْرِ) أي : للرويان^(٤) ، ومقتضى صنيعه هنا كـ « الفتح » التبري منه ، لكن في « التحفة » الجزم به^(٥) ، فهو المعتمد ؛ ولا سيما وقد اعتمده غيره .

(١) المجموع (٢٤٦/٩) .

(٢) حاشية الشيرازي (٢٨١/٥) .

(٣) الغرر البهية (٢٦٦/٦) .

(٤) بحر المذهب (٢٨٠/٨) .

(٥) تحفة المحتاج (١٤٣/٦) .

ومثله : لِتَسْكُنَهَا وَحَدَكَ ، كَمَا فِيهِ عَنْ بَعْضِهِمْ . وَيُشْتَرَطُ فِي الزَّمَنِ أَنْ تَبْقَى فِيهِ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ
غالباً ؛ كعشر سنين في الدَّابَّةِ ، وثلاثين في الدَّارِ أَوِ الرَّقِيقِ

قوله : (ومثله) أي : في عدم الصحة .

قوله : (لتسكنها وحدك) أي : أجرتها لتسكنها أنت وحدك ، قال السيد عمر البصري :
(والأقرب : أن محله إذا كانت متسعة لسكنى أكثر من واحد عادة ؛ لأنه حينئذ متحجر ، أما إذا
كانت لا تسكن عادة لأكثر من واحد وكان غرضه من القول المذكور وحدة الساكن لا اشتراط
خصوص سكنى المستأجر . . فالأقرب : أنه يصح ، وحينئذ : فقوله المذكور تصريح بما يقتضيه
العقد ، وهو لا يضر) تدبر .

قوله : (كما فيه عن بعضهم) أي : كما في « البحر » أيضاً نقلاً عن بعض الأصحاب^(١) ، قال
في « الغرر » : (ويؤيده ما حكاه في « الروضة » عن الروياني وغيره وقال : إنه أقوى من أنه لو
قال : أجرتك الأرض لتزرع الحنطة دون غيرها . . لم يصح) انتهى^(٢) ، قيل : محل عدم الصحة
فيما تقرر إن كان من المؤجر ، فلو تقدم القبول من المستأجر وشرط على نفسه ذلك ؛ بأن قال :
استأجرتها بكذا لأسكنها وحدي . . صح كما نقل عن الصيمري ، قال (ع ش) : (وهو قياس ما لو
شرط الزوج على نفسه عدم الوطء ، لكن قضية قولهم : « الشروط الفاسدة مضرة سواء ابتدأ بها
المؤجر أو القابل » يقتضي خلافه ، ويوجه بأنه شرط يخالف مقتضى العقد ، وقد يموت المستأجر
ويتنقل الحق لوارثه خاصاً أو عاماً ولا يلزم مساواة الوارث في السكنى للميت) تأمل^(٣) .

قوله : (ويشترط في الزمن) أي : الذي تقدر به المنفعة .

قوله : (أن تبقى فيه العين المستأجرة) أي : بصفاتها المقصودة كما هو ظاهر .

قوله : (غالباً) أي : ليوثق باستيفاء المعقود عليه ولا يقدر بمدة ؛ إذ لا توقيف فيه ، بل يرجع
فيه لأهل الخبرة .

قوله : (كعشر سنين في الدابة) أي : كخيل وحمار .

قوله : (وثلاثين في الدار أو الرقيق) أي : وكسنتين أو سنة في الثوب ، وقال الشيخ
أبو حامد : (يجوز في القرن ستون سنة) قال في « التحفة » : (أي : هي منتهاها ؛ لخبر

(١) بحر المذهب (٢٨٠/٨) .

(٢) الغرر البهية (٢٦٥/٦) .

(٣) حاشية الشيرازي (٢٨٠/٥) .

على ما يليق بكلّ ، وكمئة سنة أو أكثر في الأرض . ولو أجره هذه السنة كلّ شهر بدرهم . . صَحّ ،
أو أجره كلّ شهر بدرهم . . فلا ، أو أجره هذا الشَّهر بدرهم وما زاد بحسابه

الترمذي : « أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين »^(١) أي : الغالب فيهم ذلك ، وجوز [ابن كج] فيه مئة وعشرين^(٢) .

قوله : (على ما يليق بكل) أي : من الدابة ونحوها ، وبه يعلم : أن ذكر ذلك القدر للتمثيل لا للتقييد ، وأن ما ذكره من المُدد لا يحسب جميعه من حين عقد الإجارة ، قال جمع : (الذي يظهر : أن المدار على العمر الغالب ؛ فالعبد الذي عمره عشر سنين لا مانع من استجاره خمسين سنة ، والذي عمره أربعون لا يستأجر أكثر من عشرين ، فإذا بلغ الستين . . لم يستأجر إلا سنة ، فليتأمل) .

قوله : (وكمئة سنة أو أكثر في الأرض) أي : ولو وفقاً لم يشترط لإيجاره مدة وكان ذلك على وفق^(٣) الحاجة والمصلحة لعين الوقف ، وأما اصطلاح الحكام على أنه لا يؤجر أكثر من ثلاث سنين ؛ لثلاث يندرس . . فاستحسان منهم ، وهو كما قاله الشيخان غير مطرد^(٤) ، على أنه لم ينقل عن مجتهد شافعي منهم ، قال في « العباب » : (فإن زاد على الجائز . . بطلت في الزائد فقط)^(٥) ، قال (ع ش) : (فلو أخلف ذلك وبقيت على حالها إلى تمام المدة المقدرة في العقد . . فالذي يظهر : صحة الإجارة في الجميع ؛ لأن البطلان في الزيادة إنما كان لظن تبين خطؤه) فليتأمل^(٦) .
قوله : (ولو أجره هذه السنة كل شهر بدرهم . . صح) أي : لأنه أضاف الإجارة إلى جميع السنة .

قوله : (أو أجره كل شهر بدرهم) أي : بأن قال : أجرتك هذه السنة كل شهر بدرهم ، أو أجرتك كل شهر منها بدرهم .

قوله : (فلا) أي : فلا يصح هذه حتى في الشهر الأول ؛ للجهل بمقدار المدة لكونه لم يضيفها إلى جميع السنة ، بخلافه في الصورة السابقة .

قوله : (أو : أجره هذا الشهر بدرهم وما زاد بحسابه) أي : من الدراهم . .

(١) سنن الترمذي (٣٥٥٠) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) تحفة المحتاج (١٧٢ / ٦) .

(٣) في الأصل : (وقت) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٤) روضة الطالبين (١٩٦ / ٥) ، الشرح الكبير (١١١ / ٦) .

(٥) العباب (٣٧٥ / ٢) .

(٦) حاشية الشبرايملي (٣٠٥ / ٥) .

صَحَّ فِي الْأَوَّلِ فَقَطْ . وَيُحْمَلُ الشَّهْرُ أَوْ السَّنَةُ الْمَطْلُوقَةُ عَلَى الْهَلَالِيِّ الْعَرَبِيِّ إِلَّا إِنْ قَيَّدَهُ بغيره ؛ كَالسَّلَمِ (أَوْ الْعَمَلِ) فِي إِجَارَةِ عَيْنٍ أَوْ ذِمَّةٍ ؛ كَخِيَاطَةِ هَذَا الثَّوبِ ، وَ(كَدَابَةِ إِلَى مَكَّةَ) بِنَحْوِ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِلخِيَاطَةِ شَهْرًا ، أَوْ أَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ خِيَاطَةَ هَذَا الثَّوبِ ،

قوله : (صح في الأول فقط) أي : صح الإيجار في الشهر الأول لا فيما بعده ؛ كما لو أجره شهراً من هذه السنة وبقي فيها أكثر من شهر . فإنه لا يصح ؛ للإبهام واختلاف الأغراض ، بخلاف ما إذا لم يبق فيها غيره .

قوله : (ويحمل الشهر أو السنة المطلقة) أي : عن التقييد بكونه عددياً أو فارسياً مثلاً .

قوله : (على الهلالي العربي) أي : لأنه المعهود شرعاً .

قوله : (إلا إن قيده بغيره ؛ كالسلم) أي : فيأتي هنا ما مر ثم ، وإذا أجر شيئاً أكثر من سنة . . لم يجب تقدير حصة كل سنة ؛ كما لو جمع في البيع بين أعيان مختلفة القيمة . . لا يجب تقسيط الثمن عليها ، وكما لو أجر سنة . . لا يجب تقدير حصة كل شهر ، وتوزع الأجرة على قيمة منافع السنين أو الأشهر ، أو أجره شهراً مثلاً وأطلق . . صح العقد وجعل ابتداء المدة من حينئذ ؛ لأنه المفهوم المتعارف .

قوله : (أو العمل) أي : وإما أن يكون بالعمل مع بيان محله كما سيأتي .

قوله : (في إجارة عين أو ذمة) أي : بخلاف التقدير بالزمان فإنه لا يأتي في إجارة الذمة كما مر .

قوله : (كخياطة هذا الثوب) أي : أو ثوب صفته كذا .

قوله : (وكدابة إلى مكة) أي : دابة معينة أو موصوفة للركوب أو لحمل شيء عليها إلى مكة ؛ وذلك لأن هذه المنافع معلومة في أنفسها فلم تفتقر إلى تقدير المدة .

هذا ؛ وأوهم كلامه تعيين التقدير بالعمل في ذلك ، وليس مراداً ، بل يجوز تقديره بالزمان أيضاً ، فيقول : أجرني هذه الدابة لأركبها شهراً ، قال في « التحفة » : (بشرط بيان الناحية التي يركب إليها ومحل تسليمها للمؤجر أو نائبه ، ولا ينافي هذين جواز الإبدال والتسليم للقاضي أو نائبه ؛ لأن ذلك لا يعرف إلا بعد بيان الناحية ومحل التسليم حتى يبدلان بمثلهما)^(١) .

قوله : (بنحو استأجرتك للخياطة شهراً) تمثيل للتقدير بالزمان إجارة عين .

قوله : (أو ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب) تمثيل للتقدير بمحل العمل إجارة الذمة .

أَوْ اسْتَاجَرْتُكَ لَخِيَاطَتِهِ إِنْ بَيَّنَّ لَهُ فِي الْأُولَى الثَّوبَ ، وَفِي الْجَمِيعِ كَوْنَهُ قَمِيصاً أَوْ غَيْرَهُ ، وَطَوْلَهُ وَعَرْضَهُ وَنَوْعَ الْخِيَاطَةِ . نَعَمْ ؛ إِنْ أَطْرَدْتَ الْعَادَةَ بِنَوْعٍ . حُمِلَ الْمَطْلُوقُ عَلَيْهِ ، وَفِي تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ لَا بُدَّ أَنْ يُقَدَّرَ بِالزَّمَنِ ؛ كَتَعْلَمُنِي شَهْراً ، أَوْ أَنْ يَعَيَّنَ الْآيَاتِ بِأَشْخَاصِهَا ،

قوله : (أَوْ اسْتَاجَرْتُكَ لَخِيَاطَتِهِ) أي : هذا الثوب ؛ هذا تمثيل للتقدير بمحل العمل أيضاً إجارة عين .

قوله : (إِنْ بَيَّنَّ لَهُ فِي الْأُولَى الثَّوبَ) المراد بـ (الثوب) : المقطع المطوي . جمل^(١) .

قوله : (وَفِي الْجَمِيعِ) أي : وبين في الأولى وما بعدها .

قوله : (كَوْنَهُ قَمِيصاً أَوْ غَيْرَهُ) أي : كقباء وسراويل .

قوله : (وَطَوْلَهُ وَعَرْضَهُ) أي : وبين في الجميع طول الثوب وعرضه .

قوله : (وَنَوْعَ الْخِيَاطَةِ) أي : أهى رومية أو فارسية ؛ فالرومية ما غرز بغرزتين ، والفارسية ما بغرزة .

قوله : (نَعَمْ ؛ إِنْ أَطْرَدْتَ الْعَادَةَ بِنَوْعٍ . حُمِلَ الْمَطْلُوقُ عَلَيْهِ) أي : فمحل اشتراط تلك الأمور إِنْ اختلفت باختلاف العادة ، قال جمع : (اعلم : أن الاستئجار لمجرد الخياطة قبل القطع إجارة فاسدة ؛ لأنه عمل مستقبل لتوقف الخياطة على القطع ، بخلاف الإجارة للقطع والخياطة معاً) فليتنبه له .

قوله : (وَفِي تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ) أي : وفي الاستئجار لتعليم القرآن .

قوله : (لَا بُدَّ أَنْ يُقَدَّرَ بِالزَّمَنِ ؛ كَتَعْلَمُنِي شَهْراً) أي : نظير ما مر في الخياطة ولا نظر لاختلاف صعوبته وسهولته لأنه ليس عليه قدر معين حتى يتعب نفسه في تحصيله ، وقضية إطلاقه : أنه لا فرق في ذلك بين الاستئجار لجميع القرآن أو لبعضه ، وليس مراداً ، بل المراد : ما يسمى قرآناً ، أما إذا استأجره مدة لجميعه . فإنه لا يصح على الأصح ؛ لأن فيه جمعاً بين الزمان والعمل فكان ينبغي له أن يقول : تعليم قرآن ؛ لص الشافعي رضي الله تعالى عنه على أن القرآن بالآلف واللام لا يطلق إلا على الكل . انتهى ، فحيث قدر بمدة ؛ كشهر . لم يدخل فيه أيام الجمع كما رجحه البلقيني ؛ لأن العرف مطرد فيه في سائر الأقطار بتعطيل التعليم يوم الجمعة .

قوله : (أَوْ أَنْ يَعَيَّنَ الْآيَاتِ بِأَشْخَاصِهَا) أي : للتفاوت فيها ، ولا يكفي أن يفتح المصحف ويعينا قدرأ منه ؛ لاختلاف المشار إليه صعوبة وسهولة ، وفارق الاكتفاء بمشاهدة الكفيل في البيع

لا (قراءة نافع) مثلاً . نعم ؛ الأوجه : أنه إنما يعلمه الأغلب من قراءة البلد ، ولو كان المتعلم ينسى . . . اعتبر في عادة تعليمه العرف الغالب ، فإن فقد . . . اعتبر على الأوجه بما دون الآية . . .

كما مر بأنه توثقة للعقد لا معقود عليه ويسهل السؤال عنه فخفف أمره .

قوله : (لا قراءة نافع مثلاً) أي : فلا يشترط تعيين قراءته ؛ لأن الأمر في ذلك قريب ، فيعلمه ما شاء من القراءات السبع وكذا العشر ؛ بناء على أن الثلاث متواترة ، وهو ما صححه السبكي وغيره ، قال في « التحفة » : (فإن عين شيئاً . . . تعين ، فإن أقرأه غيره . . . فالذي يتجه : أن له أجره المثل ؛ لأنه أتى بأصل العمل المقصود كما أفهمه التعليل المذكور)^(١) ، وخالفه في « النهاية » فاعتمد عدم استحقاقه أجره^(٢) .

وعليه : فالمراد كما استقر به (ع ش) : أنه لا يستحق أجره للكلمات التي فيها الخلاف بين نافع مثلاً وغيره وإن كان المتبادر من كلامه أنه جميع ما علمه إياه ، فليتأمل^(٣) .
قوله : (نعم ؛ الأوجه) أي : كما نقله غيره عن الماوردي والرويانى^(٤) .
قوله : (أنه) أي : الأجير للتعليم .

قوله : (إنما يعلمه الأغلب من قراءة البلد) أي : قياساً على ما لو أصدقها دراهم . . . فإنه يتعين دراهم البلد ؛ ففي الحرمين مثلاً يقرئه قراءة عاصم من رواية حفص ؛ لأنها الأغلب فيهما ، فإن غلب في البلد قراءتان فأكثر وتنازعا فيما يعلمه منهما . . . قال (ع ش) : (أجيب المعلم ؛ لأنه حق توجه عليه فيؤديه من أي جهة أراها ؛ قياساً على ما إذا كان في البلد نقدان مستويان . . . فيخرج في الزكاة وفي أداء قيمة المتلف ما شاء) فليتأمل^(٥) .

قوله : (ولو كان المتعلم ينسى) أي : ما يتعلمه لوقته .

قوله : (اعتبر) أي : على الأصح من وجوه .

قوله : (في إعادة تعليمه العرف الغالب) أي : سواء نسي قبل انقضاء المجلس أم بعده .

قوله : (فإن فقد) أي : العرف الغالب في الإعادة .

قوله : (اعتبر على الأوجه بما دون الآية) أي : فإذا علمه بعضها فنسيها قبل أن يفرغ من

(١) تحفة المحتاج (١٤٧/٦) .

(٢) نهاية المحتاج (٢٨٣/٥) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٢٨٣/٥) .

(٤) أسنى المطالب (٤١٢/٢) .

(٥) حاشية الشبراملسي (٢٨٣/٥) .

وَيَجُوزُ الْإِسْتِجَارُ لِلْقِرَاءَةِ عَلَى الْقَبْرِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، أَوْ قَدْرًا مَعْلُومًا وَإِنْ لَمْ يُعَقَّبْهَا بِالْدُّعَاءِ لِلْمَيِّتِ ، أَوْ لَمْ يَجْعَلْ أَجْرَهَا لَهُ ؛

بأقبحها . . . لزم الأجير إعادة تعليمها ، كذا في « الأسنى »^(١) ، وقال في « التحفة » : (فإن لم يكن غالب . . . فالذي يظهر : وجوب البيان في العقد ، فإن طرأ كونه ينسى بعده . . . احتمال أن يقال : يتخير الأجير ، وأن يقال : لا يلزمه التجديد لما حفظ سواء فيما ذكر أنسيه قبل كمال الآية أم بعدها ، ثم رأيت شيخنا قال : . . . إلخ ما مر .

وفي « البيان » : محل الخلاف فيما إذا علمه آية فأكثر ، وإلا . . وجبت الإعادة قطعاً ؛ لأن بعض الآية لا يقع به إعجاز . انتهى ، ولعل شيخنا أخذ ما ذكره من هذا وإن كان ما قاله فيما إذا لم يغلب عرف وما في « البيان » فيما غلب ، وفيه نظر ؛ لأننا إن اعتبرنا الإعجاز . . فدون ثلاث آيات لا إعجاز فيه على الأصح ، أو لم نعتبره وهو الوجه . . أدركنا الأمر على الأمر الغالب في الآية ودونها ، وعند عدم الغلبة هناك إيهام فاحتيج لبيان في العقد ؛ وإلا . . بطل ، وبه يتجه ما ذكرته (انتهى) (٢) .

قوله : (ويجوز الاستئجار للقراءة) أى : قراءة القرآن .

قوله : (على القبر) أي : عنده أو مع الدعاء بمثل ما حصل من الأجر له أو بغيره عقبها أو بحضرة المستأجر أو مع ذكره في القلب حالتها .

قوله : (مدة معلومة) أى : كساعة .

قوله : (أو قدراً معلوماً) أي : (كـ) سورة يس) ، فلو قرأ الأجير وهو جنب ولو ناسياً . لم يستحق شيئاً ؛ لأن القصد بالاستتجار لها هنا حصول ثوابها ، والجنب لا ثواب له على قراءته ، بخلاف الأجير للتعليم فإنه يستحق الأجرة وإن كان جنباً ؛ كما بحثه في « التحفة » لأن الثواب فيه غير مقصود بالذات ، وإنما المقصود منه التعليم وهو حاصل مع الجنابة ، تدبر (٣) .

قوله : (وإن لم يعقبها بالدعاء للميت) أي : بثواب القراءة .

قوله : (أو لم يجعل أجره له) أي : للميت ، فلا يلزم الأجير عند الشروع في القراءة أن ينوي أن ذلك عما استؤجر عنه ، قال في « التحفة » : (أي : بل الشرط عدم الصارف ، فإن قلت : صرحوا في النذر بأنه لا بد أن ينوي أنها عنه . . قلت : هنا قرينة صارفة لوقوعها عما استؤجر له ،

(١) أسنم المطالب (٤١٢/٢) .

(٢) تحفة المحتاج (١٤٧/٦) .

(٣) تحفة المحتاج (١٦٠/٦) .

لعود منفعتها إليه بنزول الرّحمة في محلّها . ثمّ قد يتعيّن التّقدير بالزّمن كما في العقار ، والإرضاع ، والإكتحال ، والتّطيين ، والتّجصيص ؛ إذ لا يتأتّى التّقدير فيها بغير الزّمن ،

ولا كذلك ثم ، ومن ثم لو استؤجر هنا لمطلق القراءة وصحناه . . احتاج للنية فيما يظهر ، أو لا لمطلقها ؛ كالقراءة بحضرته . . لم يحتج لها ، فذكر القبر مثال (انتهى^(١)) .

قوله : (لعود منفعتها إليه) أي : إلى الميت ؛ تعليل للصحة .

قوله : (بنزول الرحمة في محلها) أي : القراءة فإن موضعها موضع بركة ونزول رحمة فينتفع الميت به ، والنص بأن القراءة لا تصل إلى الميت معناه : أن ثوابها لقارئها ، وهو غير مناف لما ذكر ، ومن ثم : قال جمع - منهم : السبكي - : (الذي دل عليه الخبر بالاستنباط أن بعض القرآن إذا قصد به نفع الميت . . نفعه ؛ إذ قد ثبت أن القارئ لما قصد بقراءته نفع الملدوغ . . نفعته ، وأقر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله : « وما يدريك أنها رقية ؟ ! »^(٢) ، وإذا نفعت الحي بالقصد . . كان نفع الميت بها أولى ؛ لأنه يقع عنه من العبادات بغير إذنه ما لا يقع عن الحي) .

قوله : (ثم قد يتعين التقدير بالزمن) هذا مرتبط بالزمان أو المحل .

قوله : (كما في العقار والإرضاع) أي : لأن منافع العقار وتقدير اللبن إنما ينضبط بالزمان .

قوله : (والاكتحال) الأولى : والتكحيل ، وكذا مداواة ، قال في « المغني » : (فإن قدر المداواة لا ينضبط ويختلف بحسب الحاجة ، وتقدير المداواة بالمدة لا بالبرء والعمل ، فإن برء قبل تمام المدة . . انفسخت الإجارة في الباقي)^(٣) .

قوله : (والتطيين والتجصيص) أي : لأن سمكهما لا ينضبط رقة وثخانة ، كذا قيل ، لكن قال (سم) : (ما المانع من ضبطه بالعمل ؛ كتطيين هذا الجدار تطييناً سمكه قدر شبر ؟) فليتأمل^(٤) .

قوله : (إذ لا يتأتى التقدير فيها) أي : في الأمثلة المذكورة .

قوله : (بغير الزمن) أي : فتعين التقدير به ، وضابطه كما في « التحفة » و« النهاية » : كل ما لا ينضبط بالعمل^(٥) ، فيشمل ما لا عمل فيه وما فيه عمل لا ينضبط ، تأمل .

(١) تحفة المحتاج (١٦٠/٦) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٧٦) ، ومسلم (٢٢٠١) عن سيدنا أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٣) مغني المحتاج (٤٣٧/٢) .

(٤) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٤٣/٦) .

(٥) تحفة المحتاج (١٤٢/٦) ، نهاية المحتاج (٢٨٠/٥) .

وَقَدْ يَتَأْتِي بِهِ وَبِمَحَلِّ الْعَمَلِ مَعاً فَلْيَقْدَرْ بِأَحَدِهِمَا ؛ كـ (تَخِيطُ لِي شَهْراً) وَيَصِفُ الْخِيَاطَةَ ، أَوْ هَذَا الثَّوبَ . أَمَّا التَّقْدِيرُ بِهِمَا مَعاً . . فلا يجوزُ كـ (أَسْتَأْجِرُكَ لَخِيَاطَةِ هَذَا الثَّوبِ بِيَاضَ نَهَارٍ كَذَا) وَإِنْ صَغُرَ ؛ بَحِثْ يَفْرُغُ عَادَةً قِطْعاً فَيَمَّا دُونَ الْيَوْمِ عَلَى الْأَوْجِهِ ؛

قوله : (وقد يتأتى به وبمحَلِّ العمل معاً) أي : كاستئجار شخص ودابة ، وقد لا يتأتى التقدير إلا بالعمل ؛ كبيع الثوب والحج وقبض شيء من فلان ، فالأقسام ثلاثة كما أشرت إليه فيما مر .

قوله : (فليقدر بأحدهما) أي : الزمن أو بمحل العمل .

قوله : (كَتَخِيطُ لِي شَهْراً وَيَصِفُ الْخِيَاطَةَ أَوْ هَذَا الثَّوبِ) أي : أو ليتردد على الدابة في حوائجه اليوم أو ليركبها شهراً ، ويجب حينئذ بيان الناحية أو إلى محل كذا ، وهذا محمل عبارة المصنف كغيره الدالة على التخيير ، تأمل .

قوله : (أما التقدير بهما معاً) أي : بالزمن ومحل العمل ؛ بأن جمعهما .

قوله : (فلا يجوز) هذا ما صححه الشيخان كغيرهما ، وفي « البحر » : قال القاضي الطبري : كذا قال أصحابنا ، وفي « البويطي » بعد ذكر الاكتراء لخياطة ثوب وبناء دار : وإن شرط عليه أن يأخذ في عمله الفراغ إلى أجل يمكن أن يعمل مثله . . فذاك أفضل وإن لم يسم الأجل ، فهو جائز ويعمل له طاقته حتى يفرغ منه ، قال : فهذا نص على الصحة وأفضلية ذكر الأجل إذا أمكن فيه ، فهو حسن صحيح عندي ، لكن قال الأذري : وكنت أظن أنا وغيري أن ذلك نص الشافعي ، ثم وقفت على كتاب « البويطي » فرأيت فيه ما بان به أنه من كلام البويطي نفسه لا من كلام الشافعي رضي الله تعالى عنه . انتهى « شرح البهجة »^(١) .

قوله : (كاستأجرتك لخياطة هذا الثوب) أي : أو لتحرث هذه الأرض أو تبني هذا الحائط .

قوله : (بياض نهار كذا) أي : الخميس مثلاً ، وإنما لم يصح ذلك ؛ لما فيه من الغرر فقد يتقدم العمل وقد يتأخر ؛ فهو كما لو أسلم في قفيز بر بشرط أن وزنه كذا . . لم يصح ؛ فقد يزيد أو ينقص فيتعذر التسليم .

نعم ؛ إن قصد التقدير بالعمل فقط وأن ذكر الزمن إنما هو للحمل على التعجيل . . صح على الأوجه كما في « التحفة » وغيرها^(٢) ، وحينئذ : فالزمان غير منظور إليه عند المتعاقدين رأساً ، تأمل .

قوله : (وإن صغر ؛ بحيث يفرغ عادة قطعاً فيما دون اليوم على الأوجه) أي : خلافاً للسبكي

(١) الغرر البهية (٦/٢٦٧-٢٦٨) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/١٤٤) .

لأنَّهُ قد يطرأ له مانع فيه . (وَلَوْ أَطْلَقَ فِي الْأَرْضِ الزَّرَاعَةَ أَوْ الْغَرَسَ .. صَحَّ) ويتخيَّرُ بين أنواع ما عينه شيئاً . نعم ؛ يلزم المؤجَّر عن غيره البيان ؛ لأنَّهُ الاحتياط ، ويصح : إن شئت .. فأغرس أو أزرع ؛

فقال : يصح ؛ أي : التقدير بالزمن ، ومحل العمل معاً فيما لو صغر الثوب ؛ بحيث يفرغ منه عادة في دون اليوم .

قوله : (لأنه قد يطرأ له مانع فيه) أي : عائق عن إكماله في ذلك اليوم ، وبهذا التعليل رد ما ذكر عن السبكي ، لكن أجاب في « التحفة » بأنه خلاف الأصل ، بل والغالب فلم يلتفت إليه^(١) ، قال ابن قاسم : (فإن قيل : لا يصح هذا الجواب ؛ لأن علة البطلان الاحتمال وهو موجود مع مخالفة الأصل والغالب .. قلت : بل هو صحيح في نفسه ؛ لأن حاصل الجواب حمل الاحتمال الذي هو علة البطلان على ما لا يكون خلاف الأصل والغالب ؛ لقوته حينئذ وقربه ، بخلاف ما يخالف الغالب وإن لم يخالف الأصل ؛ لضعفه وبعده فلا اعتبار به ، فليتأمل)^(٢) .

قوله : (ولو أطلق في الأرض) أي : إيجارها .

قوله : (الزراعة أو الغراس) أي : كقوله : أجرتكها للزراعة ، أو لتزرعها ، أو للغرس ، أو لتغرسها .

قوله : (صح) أي : وكفى ذلك عن تعيين ما يزرع في الأصح .

قوله : (ويتخير) أي : المستأجر في الزراعة والغرس .

قوله : (بين أنواع ما عينه شيئاً) أي : فيزرع ما شاء منه ؛ لقلة تفاوت أنواع الزرع ، ومن ثم : لم ينزل على أقلها ضرراً ، وقال الرافعي : (وكان يحتمل أن ينزل على أقل الدرجات)^(٣) ، قال في « المغني » : (وما بحثه حكاة الخوارزمي وجهاً)^(٤) .

قوله : (نعم ؛ يلزم المؤجر عن غيره) أي : بولاية أو نيابة .

قوله : (البيان) أي : لما يزرع ، فلا يكفيه الإطلاق .

قوله : (لأنه الاحتياط) أي : الواجب على المتصرف عن الغير .

قوله : (ويصح : إن شئت فأغرس أو أزرع) أي : في الأصح كما في « المنهاج »^(٥) ، قال في

(١) تحفة المحتاج (١٤٤/٦) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٤٥/٦) .

(٣) الشرح الكبير (١١٥/٦) .

(٤) مغني المحتاج (٤٣٩/٢) .

(٥) منهاج الطالبين (ص ٣٠٩) .

لرضاه بأشدهما ضرراً ، فيتخير بينهما ، وحيث صلحت الأرض لأكثر من منفعة . . اشترط عند عدم التعيين بيان المنفعة المستأجر لها ، أو لمنفعة واحدة . . فلا ، كالدَّار لا يجب بيان ما يستأجرها له ؛ لتقارب السكنى ووضع المتاع فيها ؛

« التحفة » : (ولا يصح : لتزرع وتغرس ، ولا : ازرعها واغرسها ؛ لأنه لم يبين قدر كل منهما ، بل قال القفال : لا يصح : ازرع النصف واغرس [النصف] حتى يبين جانب كل)^(١) ، قال (سم) : (وإذا بين جانب كل . . جاز إبدال الغرس بالزرع كما هو ظاهر ؛ لأنه أخف)^(٢) .
قوله : (لرضاه بأشدهما ضرراً) تعليل للصحة .

قوله : (فيتخير بينهما) أي : الزراعة والغرس فيصنع ما شاء منهما ؛ كما في قوله : لتتفع كيف شئت ، قال (سم) : (يتجه : أن يجوز له زرع البعض وغرس البعض ؛ لأنه أخف قطعاً من غرس الجميع الجائز له)^(٣) .

قوله : (وحيث صلحت الأرض) بفتح اللام وضمها .

قوله : (لأكثر من منفعة) أي : كأن صلحت لبناء وزراعة وغراس ، أو لاثنتين من هذه الثلاثة ، قال (ع ش) : (بحسب العادة ؛ وإلا . . فغالب الأراضي يتأتى فيها كل من الثلاثة)^(٤) .
قوله : (اشترط) أي : في صحة إجارتها .

قوله : (عند عدم التعيين بيان المنفعة المستأجر لها) أي : فإن لم يبينها . . لم يصح العقد ؛ لأن منافع هذه الجهات مختلف وضررها مختلف ، قال (ع ش) : (فلو اختلفا في ذلك . . فينبغي تصديق المالك)^(٥) .

قوله : (أو لمنفعة واحدة) أي : أو صلحت الأرض لمنفعة واحدة فقط .

قوله : (فلا) أي : فلا يشترط التعيين ، بل يكفي الإطلاق ؛ كأراضي الأحكار فإنه يغلب فيها البناء وبعض البساتين فإنه يغلب [فيها] الغراس .

قوله : (كالدَّار لا يجب بيان ما يستأجرها له) الكاف للتظهير في عدم الاشتراط .

قوله : (لتقارب السكنى ووضع المتاع فيها) أي : في الدار ، فكفى الإطلاق عن تعيين واحد منهما .

(١) تحفة المحتاج (١٥٠/٦) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٥١/٦) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٥٠/٦) .

(٤) حاشية الشيراملي (٢٨٥/٥) .

(٥) حاشية الشيراملي (٢٨٥/٥) .

ولأنَّ العقدَ يُحمَلُ على المَعهودِ في مثلِها ، فلا يُسَكَّنُها لِمَا لا يَلِيقُ بِهَا . (وَلَا يَصِحُّ الاسْتِجَارُ) لِمَا لا يَقْبَلُ النِّبَاةَ كَهَوَ (لِلْعِبَادَاتِ) الْمَحْتَاجَةِ لِلنِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ مِنْهَا امْتِحَانُ الْمُكَلَّفِ بِكَسْرِ نَفْسِهِ بِفَعْلِهَا ، وَالْأَجِيرُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ كَالْإِمَامَةِ - وَلَوْ لِنَافِلَةٍ -

قوله : (ولأنَّ العقدَ يحمل على المَعهودِ في مثلِها) أي : من سكنها ووضع المتاع فيها .
قوله : (فلا يسكنها لما لا يليق بها) أي : فلا يسكن حداداً ولا قصاراً إذا لم يكن هو كذلك ؛ لزيادة الضرر ، واستثنى جمع متقدمون ما لو قال : لتسكنها وتسكن من شئت للإذن . فهو كما لو قال : ازرع ماشئت ، لكن نظر فيه الأذرعى بأن مثله يراد به التوسعة لا الإذن في الإضرار ؛ لا سيما إذا كانت الدار نفيسة لا تليق سكنها بحداد ونحوه ، فليتأمل .

قوله : (ولا يصح الاستئجار لما لا يقبل النبابة) أي : لما مر : أنه لا بد في المنفعة المستأجر لها من وقوعها للمستأجر أو نائبه .

قوله : (كهو للعبادات المحتاجة للنية) أي : بحيث يتوقف أصل حصولها عليها ؛ كالصلاة والصوم .

قوله : (لأنَّ القصد منها) أي : المقصود من العبادة .

قوله : (امتحان المكلف بكسر نفسه بفعلها) أي : العبادة .

قوله : (والأجير لا يقوم مقامه في ذلك) أي : في كسر نفسه ، قال في « التحفة » : (ولا يستحق الأجير شيئاً وإن عمل طامعاً ؛ لقولهم : كل ما لا يصح الاستئجار له لا أجره لفاعله وإن عمل طامعاً)^(١) ، قال (سم) : (كأن المراد : لا يقبل الصحة ؛ وإلا . . فالإجارة الفاسدة تجب فيها الأجرة)^(٢) أي : مع أنها بصفة الفساد لا يصح الاستئجار عليها ومع ذلك يجب فيها الأجرة . (ع ش)^(٣) .

قوله : (كالإمامة ولو لنافلة) أي : كالتراويح ؛ لأن الإمام مصل لنفسه فمن أراد اقتدئ به وإن لم ينو الإمامة ، وتوقف فضل الجماعة على نيتها فائدة تختص به فلا يعود على المستأجر منها شيء ، وأما ما جرت به العادة من جعل جامكية على ذلك . . فليس من باب الإجارة كما قاله في « النهاية » ، وإنما هو من باب الإرزاق والإحسان والمسامحة^(٤) ، وقال بعضهم : (إنه جعالة ،

(١) تحفة المحتاج (١٥٥/٦-١٥٦) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (١٥٦/٦) .

(٣) حاشية الشبر الملسي (٢٩١/٥) .

(٤) نهاية المحتاج (٢٩١/٥) .

وَالْجِهَادُ إِنْ اسْتُوجِرَ لَهُ مُسْلِمٌ - وَلَوْ قَنًا ، وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ هُوَ الْإِمَامُ - وَالْقَضَاءُ ، وَالتَّوْبَةُ ،
وَقِرَاءَةُ الْقُرْآنِ ، أَوْ حَدِيثٌ عَامٌّ

فإذا استأجر المشروط له من يقوم مقامه فيها . . صح ؛ لأن نفعه حينئذ عائد على المستأجر) ، ونقل
عن الغزالي صحة الاستئجار على الإمامة والأجرة في مقابلة إعتاب نفسه بالحضور إلى المحراب
والقيام بها في وقت معين ، فليراجع^(١) .

قوله : (وَالْجِهَادُ إِنْ اسْتُوجِرَ لَهُ مُسْلِمٌ وَلَوْ قَنًا) أي : أَوْ صَبِيًّا ، أَمَا الذَّمِي . . فيصح استئجاره
للجهاد إذا كان المستأجر نه الإمام لا الآحاد ، ولذا : قال في « البهجة » : [من الرجز]
وقد أجيّر لإمام الأمة أن يكتري للغزو أهل الذمة^(٢)

وذلك لأنه لا يقع عنهم لكونهم ليسوا من أهل فرضه ، ولا يضر الجهل بأعمال القتال ؛ لأنه
يحتمل في معاملة الكفار لمصالح المسلمين ما لا يحتمل في غيره كما في مسألة العليج ، وإنما لم
يجز للآحاد ؛ لأنه يحتاج إلى نظر واجتهاد .

قوله : (وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ هُوَ الْإِمَامُ) أي : وَإِنْ لَمْ يَقْصِدِ الْأَجِيرُ نَفْسَهُ ، بَلْ قَصْدُ إِقَامَةِ الشَّعَارِ
وَصَرْفِ عَائِدَتِهِ لِلْإِسْلَامِ عَلَى الْمَعْتَمَدِ ؛ لَأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ بِحُضُورِ الصَّفِّ مَعَ وَقُوعِهِ عَنْ نَفْسِهِ ، وَبِهِ
فَارَقَ حُلَّ أَخْذِ الْأَجْرَةِ عَلَى نَحْوِ تَعْلِيمِ تَعْيِينِ عَلَيْهِ .

قال في « الفتح » : (وَيُؤْخَذُ مِنْ ذَلِكَ : أَنَّ اسْتِئْجَارَ لِقَاتِلِ الْبَغَاةِ كَهَوِّ الْجِهَادِ إِنْ أَوْجَبْنَا قِتَالَهُمْ
أَوْ عَيْنَ الْإِمَامِ لَهُ جَمَاعَةٌ ؛ لَوْجُوبِهِ حِينَئِذٍ عَيْنًا مَعَ وَقُوعِهِ عَنِ الْأَجِيرِ ، فَهُوَ كَالْجِهَادِ فِي هَذَيْنِ فَلَا
يُصَحُّ اسْتِئْجَارُ لَهُ مِثْلُهُ ، فَإِنْ قُلْتُ : هُمَا فِي الْكُفَّارِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ بِخِلَافِهِمَا فِي الْبَغَاةِ ، وَقَدْ
تَقَرَّرَ : أَنَّ التَّعْيِينَ الْعَارِضَ لَا نَظَرَ إِلَيْهِ . . قُلْتُ : هُوَ كَذَلِكَ إِنْ سَلِمَ عَرُوضُهُمَا ، وَفِيهِ نَظَرٌ ، بَلْ
الظَّاهِرُ : أَنَّهُ أَصْلِي هُنَا أَيْضًا ، فَتَأْمَلْهُ)^(٣) .

قوله : (وَالْقَضَاءُ) أي : الْعَامُّ ؛ لَأَنَّهُ كَالْجِهَادِ فِي فَرْضِيَّتِهِ عَلَى الشَّيْءِ مَعَ تَعَذُّرِ ضَبْطِهِ .
قوله : (وَالتَّوْبَةُ) أي : الْعَامُّ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ [مَنْ يَعْلَمُهُ] وَمَا يَعْلَمُهُ لَذَلِكَ ، وَمِثْلُهُ إِعَادَتُهُ .
قوله : (وَقِرَاءَةُ الْقُرْآنِ أَوْ حَدِيثٌ) كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ نَشْرَ الْقُرْآنِ وَإِشَاعَتَهُ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَةِ الْعَامَّةِ ،
وَكَذَا الْحَدِيثُ .

قوله : (عَامٌ) قِيدَ لِلْقَضَاءِ وَمَا بَعْدَهُ كَمَا قَرَّرْتَهُ ، خِلَافًا لِمَنْ خَصَّهُ بِالتَّوْبَةِ .

(١) انظر « حاشية عميرة » (٧٦/٣) .

(٢) بهجة الحاوي (ص ١٢٣) .

(٣) فتح الجواد (٥٩٠/١) .

بخلاف ما إذا عيّن أشخاصاً ، ومسائل ، وآيات وأحاديث مضبوطة ، يُعلّمها لهم . . . فَإِنَّهُ يَصَحُّ وَإِنْ تَعَيَّنَ عَلَى الْأَجِيرِ ؛ إِذْ تَعَيَّنَتْهُ عَارِضٌ (إِلَّا الْحَجَّ) أَوْ الْعُمَرَةَ أَوْ هُمَا (وَتَفَرُّقَةَ الزَّكَاةِ) وَالْكَفَّارَةَ وَالنَّذْرَ ، وَإِلَّا لِفَرْضِ كَفَايَةٍ غَيْرِ شَائِعٍ فِي الْأَصْلِ

قوله : (بخلاف ما إذا عين أشخاصاً) أي : من المتعلمين .

قوله : (ومسائل وآيات وأحاديث مضبوطة) أي : يعرفها العاقدان بالشخص مع معرفة ما اشتملت عليه تلك المسائل من صعوبة أو سهولة ؛ نظير ما في الإصداق بنحو قرآن ، أفاده في « حاشية الفتح »^(١) .

قوله : (يعلمها لهم) أي : يعمل الأجير تلك المسائل للأشخاص .

قوله : (فإنه يصح) أي : الاستئجار ، نقله في « الغرر » عن الإمام والغزالي^(٢) ، قال في « الفتح » : (وكذا القضاء على الأوجه ، فقوله : « عام » قيد فيه أيضاً . نعم ؛ محله إن كان فيه في تلك القضية مشقة تقابل بأجرة)^(٣) .

قوله : (وإن تعين على الأجير) أي : بأن لم يوجد غيره .

قوله : (إذ تعينه عارض) أي : فلا يضر تعينه صحة استجاره ، ولأنه غير مقصود بفعله حتى يقع عنه ، واستشكل بأن المنفعة هنا واقعة لغير المكتري ، وأجيب بأن ثوابه واقع له وإن كان التعلم واقعاً لغيره ، فليتأمل .

قوله : (إلا الحج أو العمرة أو هما) بالنصب على الاستثناء أو الجر على البدلية من العبادات ، وهو المختار ، فيجوز الاستئجار لأحدهما أو لهما عن ميت أو معضوب كما مر ، ويتبعهما صلاة ركعتي نحو الطواف ؛ لوقوعهما عن المستأجر .

قوله : (وتفرقة الزكاة والكفارة والنذر) أي : وذبح وتفرقة أضحية وهدي وصوم عن ميت وسائر ما يقبل النيابة فإن الضابط في هذا : أن كل ما تدخله النيابة من العبادة . . . يصح الاستئجار عليه ، وما لا . . . فلا .

قوله : (وإلا لفرض كفاية غير شائع في الأصل) عطف على (إلا الحج . . .) إلخ فيصح الاستئجار له ، قال في « المغني » : (احتج بعضهم على جواز أخذ الأجرة على فرض الكفاية بعامل

(١) حاشية فتح الجواد (١/٥٩٠-٥٩١) .

(٢) الغرر البهية (٦/٢٦٠-٢٦١) .

(٣) فتح الجواد (١/٥٩٠) .

بأنْ خُصَّ افتراضُهُ بشخصٍ ومحلٍّ مُعَيَّنٍ ، ثُمَّ أَمَرَ بِهِ غَيْرَهُ إِنَّ عَجَزَ كِتَاجُهُ مِيتَ (وَتَعْلِيمَ الْقُرْآنِ) ..
 فيصَحُّ الِاسْتِجَارُ لَهُمَا وَإِنْ تَعَيَّنَا عَلَى الْأَجِيرِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْصُودٍ بِفَعْلِهِمَا حَتَّى يَقَعَ عَنْهُ - وَتَعَيَّنُهُمَا
 عَارِضٌ -

الصدقة فإنها أجرة على الأصح (١).

قوله : (بأنْ خص افتراضه بشخص ومحل معين...) إلخ ، تصوير لكونه غير شائع في الأصل .

قوله : (ثم أمر به غيره إن عجز) أي : ذلك الشخص .

قوله : (كتجهيز ميت) أي : من غسله وتكفينه وغيرهما ؛ تمثيل لفرض الكفاية غير الشائع .

قوله : (وتعليم القرآن) أي : كله أو بعضه ، ولا تكرار في هذا مع قول الشارح فيما مر ؛ لأنه

هنا من حيث إنه عبادة وفيما مر من حيث التقدير .

نعم ؛ مر عن النص : أن (القرآن) بالتعريف لا يطلق إلا على جميعه ، وحينئذ : فكان ينبغي

تنكيره ؛ فإن بعضه كذلك كما قررته .

قوله : (فيصح الاستئجار لهما) أي : لتجهيز الميت وتعليم القرآن ، ويشترط فيه تعيين المتعلم

وإسلامه أو رجاء إسلامه ، ويفرق بينه وبين عدم جواز بيع نحو مصحف ممن يرجئ إسلامه ؛ بأن

ما يترتب على خلف الرجاء فيه من الامتحان أفحش مما يترتب على التعليم هنا ، لا رؤيته ولا اختبار

حفظه ولا تعيين الموضع الذي يقرئه فيه .

قوله : (وإن تعينا على الأجير) أي : كأن لم يوجد ثم غيره ، وهذا كأصل المسألة فيه خلاف

مشهور عند العلماء ؛ لكثرة الأحاديث الدالة بظاهرها على الامتناع ، والمعتمد في المذهب :

الجواز ؛ لخبر البخاري : « إن أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله » (٢) ، وقد أفردت المسألة

بالتأليف .

قوله : (لأنه) أي : لأجير .

قوله : (غير مقصود بفعلهما) أي : فعل الأجير للتجهيز والتعليم .

قوله : (حتى يقع عنه) أي : يقع الفعل عن نفس الأجير .

قوله : (وتعينهما عارض) أي : وكون التجهيز والتعليم متعيناً على الأجير عارض لا يمنع من

أخذ الأجرة عليه .

(١) مغني المحتاج (٤٤٣/٢) .

(٢) صحيح البخاري (٥٧٣٧) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

فهو كإطعام مضطّر يغرمُ بدله . ومعنى عدم شيوعهما : اختصاصهما مع مؤنتهما بمال الميت والمتعلم ، ثم بمال من تلزمه نفقتهما ، ثم بالمسلمين . وإلا لشعار غير فرض ، ولا يتوقف على النية ؛ كالأذان والإقامة ،

قوله : (فهو كإطعام مضطّر يغرم بدله) أي : وإن تعين على المطعم ؛ لأن تعينه عارض ، لكن استشكل عليه تعليل عدم صحة إجارة المسلم للجهاد بتعينه عليه بحضور الصف مع أنه عارض كما هنا ، وأجيب بأن تجهيز الميت لا يتعين بالشروع ؛ بدليل : أنه لو أراد أحد أن يقوم مقام من يجهز الميت . . لم يمتنع على مباشر^(١) تجهيزه الترك ، بخلاف من حضر الصف . . فإنه لا يجوز انصرافه وإن لم يحتج إليه بوجه وقام غيره مقامه ، تأمل .

قوله : (ومعنى عدم شيوعهما) أي : عدم شيوع فرض الكفاية في الأصل في تجهيز الميت وفي تعليم القرآن .

قوله : (اختصاصهما مع مؤنتهما) أي : التجهيز والتعليم ، والأخصر أن يقول : اختصاص مؤنتهما . قوله : (بمال الميت والمتعلم) أي : ففي التجهيز مؤنه كالتكفين والغسل والدفن ونحوها يختص بالتركة أولاً ، وفي التعليم يختص بمال المتعلم .

قوله : (ثم بمال من تلزمه نفقتهما) أي : ثم إن لم توجد التركة للميت ولا مال للمتعلم . . فمؤنتهما تختص بمال من تلزمه نفقتهما من والد ونحوه .

قوله : (ثم بالمسلمين) أي : مياسيرهم ، قال (ع ش) : (لم يذكر بيت المال مع أنه مقدم على مياسير المسلمين) انتهى^(٢) ، فالأولى ذكره .

قوله : (وإلا لشعار غير فرض) عطف أيضاً على (إلا الحج) .

قوله : (ولا يتوقف على النية) أي : بحيث لا يتوقف حصوله عليها .

قوله : (كالأذان والإقامة) أي : فيصح الاستئجار لهما معاً ؛ لأن الغرض من الأذان والإقامة بدخول الوقت ، ومن الإقامة استنهاض الحاضرين ، قال في « الغرر » : (قالوا : ولأنه - أي : الأذان - عمل يزرع عليه فجاز عقد الإجارة عليه ؛ ككتابة المصاحف)^(٣) ، قال الشرييني : (لعله تبرأ منه) ؛ لأن ذلك يأتي في الإمامة مع عدم جواز الاستئجار لها^(٤) .

(١) في الأصل : (لم يمتنع من مباشرة) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) حاشية الشيراملسي (٢٩٢ / ٥) .

(٣) الغرر البهية (٢٦٣ / ٦) .

(٤) حاشية الشرييني على الغرر (٢٦٣ / ٦) .

أَوْ هُوَ فَتَدْخُلُ هِيَ تَبْعًا ، لَا لَهَا وَحْدَهَا ؛ قَالُوا : لَعْدَمُ الْكَلْفَةِ ، وَتَوْخَذُ الْأَجْرَ عَلَيْهِ بِجَمِيعِ صِفَاتِهِ .
نَعَمْ ؛ لَا يَصِحُّ لَزِيَارَتِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَلْ لِلدُّعَاءِ عِنْدَ قَبْرِهِ الشَّرِيفِ

قوله : (أَوْ هُوَ فَتَدْخُلُ هِيَ تَبْعًا) أي : فيصح الاستئجار للأذان فقط ، فتدخل الإقامة فيه ؛ لأنها من توابعه ، ومن ثم بحث بعضهم : أن يدخل في مسمى الأذان إذا استؤجر له ما جرت به العادة من الصلاة والسلام بعد الأذان في غير المغرب ؛ لأنهما وإن لم يكونا من مسماه شرعاً صاراً منه بحسب العرف ، تأمل .

قوله : (لَا لَهَا وَحْدَهَا) أي : فلا يصح الاستئجار للإقامة وحدها .

قوله : (قَالُوا : لَعْدَمُ الْكَلْفَةِ) تبرأ منه لقول الرافي : (إنه لا يخلو عن إشكال)^(١) ، قال بعضهم : (لعله أن المداومة عليها فيها كلفة) فليتأمل^(٢) .

قوله : (وَتَوْخَذُ الْأَجْرَ عَلَيْهِ) أي : على الأذان .

قوله : (بِجَمِيعِ صِفَاتِهِ) أي : ولا يبعد استحقاق الأجرة على ذكر الله تعالى ؛ كتعليم القرآن ، لا على رفع الصوت ، ولا على رعاية الوقت ، ولا على الحيلتين كما قيل بكل منها ، ولا بد في الاستئجار للأذان من بيان المدة وإن كان المستأجر هو الإمام من ماله ، بخلافه من بيت المال فيصح بدون بيان المدة ؛ لأنه رزق لا أجرة .

قوله : (نَعَمْ ؛ لَا يَصِحُّ) أي : الاستئجار .

قوله : (لَزِيَارَتِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) أي : للوقوف عند القبر المعظم ومشاهدته ؛ لأنه عمل غير مضبوط ولا مقدر بشرع ، ولوجوب النية فيها كما يفيد كلام « التحفة »^(٣) ، وهو كما قاله الرشدي غير بعيد ؛ لتمتاز عن الحضور عند قبره صلى الله عليه وسلم لا بذلك القصد^(٤) ، قال في « التحفة » و « النهاية » : (واختار أبو عبد الله الأصبحي جواز الاستئجار ، ونقله عن ابن سراقه)^(٥) ، قال (ع ش) : (ضعيف)^(٦) .

قوله : (بَلْ لِلدُّعَاءِ عِنْدَ قَبْرِهِ الشَّرِيفِ) أي : فيجوز الاستئجار له إذا عين ؛ كأن كتب بورقة ؛ لأنه مما يقبل النيابة ، وشله إبلاغ السلام عليه صلى الله عليه وسلم ، ومثل الاستئجار لهما :

(١) الشرح الكبير (١/٤٢٥) .

(٢) انظر حاشية الشربيني علو الغرر « (٦/٢٦٣) .

(٣) تحفة المحتاج (٦/١٥٦) .

(٤) حاشية الرشدي (٥/٢٩١-٢٩٢) .

(٥) تحفة المحتاج (٦/١٥٧) ، نهاية المحتاج (٥/٢٩٢) .

(٦) حاشية الشبراملسي (٥/٢٩٢) .

(وَلِلْمُكَتَرِي اسْتِيفَاءُ الْمُنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ ، فَيُزَكَّبُ) وَيُسَكَّنُ ، وَيُلْبَسُ ، وَيَحْمَلُ (مِثْلُهُ) طَوْلًا وَقَصْرًا ، وَضَخَامَةً وَنَحَافَةً وَغَيْرَهَا ، وَدُونُهُ فِي إِجَارَةِ الذِّمَّةِ أَوْ الْعَيْنِ ؛ إِذْ لَا ضَرَرَ . فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ الْإِسْتِيفَاءُ بِنَفْسِهِ

الجعالة ، قال في « الجواهر المنظم » : (ولا أثر للجهل ؛ أي : لأنه يتسامح في أنواعه)^(١) .
 قوله : (وللمكتري استيفاء المنفعة) اعلم : أن المنفعة المستحقة بعقد الإجارة تتوقف على مستوف ومستوفى به ومستوفى منه ومستوفى فيه ، وقد أشار المصنف إلى الأول هنا ، وسيأتي للشارح الإشارة إلى الرابع ، وأهملا الإشارة إلى الثاني والثالث .

قوله : (بنفسه وبغيره) أي : لأنها ملكه ، وكما يجوز أن يؤجر ما استأجره من غيره ، لكن يشترط أمانة من سلمها إليه ، وتعبير المصنف كـ « المنهاج » بالمنفعة قد يخرج الاستئجار لإفادة عين كالرضاع والبئر ليستقي منها مع أن الحكم واحد في الجميع ، وأفهم قوله : (وبغيره) : جواز إعارة المكتري المنفعة لغيره ، وهو كذلك كما مر في (باب العارية) أفاده في « المغني »^(٢) .

قوله : (فيركب ويسكن ويلبس ويحمل مثله) بضم ياء المضارعة في الكل ، وهو مفرع على جواز الاستيفاء بغيره .

قوله : (طوياً وقصراً وضخامة ونحافة وغيرها) أي : كعرضاً وثقلاً ، قال في « المغني » : (وينبغي في اللباس المماثلة في النظافة)^(٣) .

قوله : (ودونه) أي : بأن كان أخف منه في ذلك ، فهو عطف على قوله : (مثله) .
 قوله : (في إجارة الذمة أو العين) مرتبط بقول المتن : (وللمكتري استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره) .

قوله : (إذ لا ضرر) أي : فيما ذكر فإنه استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة ، قال في « المغني » : (ولعل ضابط المسألة : أن يساوي المستأجر في الضرر بالعين المستأجرة ، ويعبر عن هذا بأن المستوفى يجوز إبداله)^(٤) .

قوله : (فإن شرط عليه) أي : المستأجر إجارة ذمة أو عين .

قوله : (الاستيفاء بنفسه) أي : استيفاء المنفعة بنفسه من غير إبداله .

(١) الجواهر المنظم (ص ٢١٧) .

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٤٤٩) .

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٤٥٠) .

(٤) مغني المحتاج (٢/ ٤٥٠) .

لم يصحَّ عند الخوارزمي بيع شيء بشرط ألا يبيعه ، وفرق ابن الرِّفعة بأنه لا غرض ثم ، وهنا غرضه ألا يكون عين ماله إلا تحت يد من يرضاه . أما بغير مثله ؛ كحمل بدل إركاب ، وقطن بدل حديد ، وحداد بدل قصار ، والعكس . . فلا يجوز وإن قال أهل الخبرة : لا يتفاوت الضرر ،

قوله : (لم يصح عند الخوارزمي) أي : [يفسد] جزم به في « التحفة » و « النهاية »^(١) ، قال القليوبي : (بخلافه في المستوفى فيه وبه فيجوز شرط منع إبدلهما ويتبع ، وفرق بأن في الأول حجراً ؛ لأنه كمنع بيع المبيع)^(٢) .

قوله : (كبيع شيء بشرط ألا يبيعه) أي : فإنه لا يصح ؛ لما فيه من الحجر على المالك .

قوله : (وفرق ابن الرِّفعة) أي : بين البيع والإجارة .

قوله : (بأنه لا غرض) أي : في شرطه عدم البيع فإن البائع قد انقطع ملكه عن المبيع بالكلية .

قوله : (ثم وهنا غرضه) أي : المؤجر في شرطه المذكور .

قوله : (ألا يكون عين ماله) أي : فلا يتجه القياس ؛ لوضوح الفرق بينهما ، تأمل .

قوله : (إلا تحت يد من يرضاه) أي : المكثري .

[قوله : (أما بغير مثله) مقابل قوله : (مثله) .

قوله : (كحمل بدل إركاب) أي : كأن استأجر الدابة للركوب ثم أراد أن يحملها متاعاً .

قوله : (وقطن بدل حديد) أي : وكحمل قطن بدل حمل حديد .

قوله : (وحداد بدل قصار) أي : وكإسكان حداد بدل قصار .

قوله : (والعكس) أي : إركاب بدل حمل ، وحديد بدل قطن ، وقصار بدل حداد .

قوله : (فلا يجوز) جواب (أما بغير مثله) ، ومحله إذا لم يكن بمعاوضة ، وإلا ؛ بأن كان

يدل على التعويض ؛ كقوله : عوضتك كذا عن كذا جاز ورضي المكثري ؛ كما يجوز لمستأجر دابة أن يعاوض عنها بسكنى بدار .

قوله : (وإن قال أهل الخبرة : لا يتفاوت الضرر) بل وقضية ذلك : أن مثله ما لو كان الضرر

المأتي به أخف من المسمى في العقد ؛ لاختلاف الجنس . (ع ش)^(٣) ، قال الشرواني : (أي : بقطع النظر عن تقييده بقولهم : الضرر اللاحق للعين . . . إلخ) فليتأمل^(٤) .

(١) تحفة المحتاج (١٧٣/٦) ، نهاية المحتاج (٣٠٦/٥) .

(٢) حاشية قليوبي (٨٠/٣)

(٣) حاشية الشبراملسي (٣٠٧/٥) .

(٤) حاشية الشرواني (١٧٤/٦) .

وله أيضاً أَنْ يَسْلُكَ مِثْلَ الطَّرِيقِ الَّتِي اسْتَوْجَرَ لِسُلُوكِهَا لَا أَصْعَبَ مِنْهَا ، وَلَا أَطْوَلَ ، وَلَا أَخَوْفَ .
(وَتَنْفَسُخُ الْإِجَارَةُ بِإِنْهَادِ الدَّارِ)

قوله : (وله أيضاً) أي : ويجوز للمكتري أيضاً .

قوله : (أن يسلك مثل الطريق التي استوَجَرَ لسلوكها) هذا إشارة إلى المستوفى فيه فيجوز إبداله بمثله ، وكذا دونه كما علم بالأولى ؛ كأن اُكْتُرِيَ دابة ليخرج بها إلى قرية . . فله أن يخرج إلى قرية أخرى مساوية لها في الطريق قدراً وخشونة وخوفاً وغيرها ، قال في « المنهاج » : (وما يستوفى منه ؛ كدار ودابة معينة لا يبدل ، وما يستوفى به ؛ كثوب وصبي عين للخياطة والارتضاع . . يجوز إبداله في الأصح)^(١) ، قال في « التحفة » : (وإن أبى الأجير ؛ لأنه طريق للاستيفاء لا معقود عليه فأشبهه الراكب والمتاع المعين للحمل)^(٢) .

فالحاصل : أنه يجوز إبدال المستوفى كالأركب والمستوفى به كالمحمول والمستوفى فيه كالطريق بمثلها أو دونها ما لم يشترط عدم الإبدال في الأخيرين ، ولا يجوز إبدال المستوفى منه ؛ لأنه معقود عليه ، تأمل .

قوله : (لا أصعب منها ولا أطول ولا أخوف) أي : فلا يجوز ؛ لزيادة الضرر .

هذا ؛ ويعتبر في الاستيفاء العرف ؛ فما استأجره اللبس المطلق لا يلبسه وقت النوم ليلاً ، بخلاف ما عداه ولو وقت النوم نهاراً ، ويلزمه نزاع الأعلى في غير وقت التجميل ، أما الإزار . . فلا يلزمه نزاعه على ما قاله ابن المقري^(٣) ، لكن قال في « الغرر » : (لم أره لغيره ؛ وكأنه نظر إلى ستر العورة ، ولو نظر إلى العادة . . لعمم الحكم في كل ثوب أسفل ، وهو وإن كان قريباً ، لكن كلامهم كالصريح بمنع ذلك ، فطريقه إذا أراد النوم فيه : أن يشترطه) انتهى^(٤) .

قوله : (وتنفسخ الإجارة . .) إلخ ، هذا شروع في بيان ما يقتضي انفساخ الإجارة والخيار فيها ، وضابط الأول : ما يفوت المنفعة بالكلية حساً أو شرعاً ، وضابط الثاني : ما ينقص منفعة العين نقصاً يؤثر في تفاوت الأجرة .

قوله : (بإنهادم الدار) أي : كلها ، أما انهدام بعضها . . فيتخير المستأجر ما لم يبادر المؤجر ويصلحها قبل مضي زمن لا أجرة له ، وعلى هذا يحمل ما قاله الشيخان : إن تخريب المستأجر

(١) منهاج الطالبين (ص ٣١٢) .

(٢) تحفة المحتاج (١٧٥/٦) .

(٣) إخلاص النواي (٤١٥/٢) .

(٤) الغرر البهية (٢٩٣/٦) .

وموت الدَّابَّةِ الْمَعِيَّةِ ، أَوْ الْأَجِيرِ الْمَعِيَّنِ ولو بفعلِ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لفواتِ محلِّ الْمُنْفَعَةِ . نَعَمْ ؛ لا تَنْفَسُخُ فِي الْمَاضِي إِذَا كَانَ لَهُ أَجْرُهُ ؛ لِاسْتِقْرَارِهِ بِالْقَبْضِ ، وَاسْتِهْلَاكِ مَنَافِعِهِ ، فَلَهُ مِنَ الْمُسَمَّى قِسْطُهُ مَوْزَعاً عَلَى قِيَمَةِ الْمُنْفَعَةِ ، وَهِيَ أَجْرُهُ الْمَثْلُ حَالَةَ الْعَقْدِ ،

يُخَيَّرُهُ^(١) ، فَمَرَادُهُمَا : تَخْرِيبُ بِهِ تَعِيبٌ فَقَط .

قوله : (وموت الدابة المعينة أو الأجير المعين) أي : وحيض امرأة اكرتت لخدمة مسجد
قوله : (ولو بفعل المستأجر) أي : ولو كان ما ذكر من الهدم وما بعده بفعل المستأجر ، فإن قيل : لو أتلّف المشتري المبيع استقر عليه الثمن ولا ينفسخ البيع . فهلا كان المستأجر كذلك ؟ أجيب بأن البيع ورد على العين ، فإذا أتلّفها المشتري . . صار قابضاً لها ، والإجارة واردة على المنافع ، ومنافع المستقبل معدومة بورود الإتلاف عليها ، تأمل .

قوله : (لفوات محل المنفعة) أي : قبل الاستيلاء عليها ؛ إذ لا تحصل إلا شيئاً فشيئاً ، وإنما حكمنا فيها بالقبض ؛ ليتمكن المستأجر من التصرف ، فتفسخ بالكلية إن وقع الانهدام ونحوه قبل القبض أو بعده وقبل مضي مدة لها أجره ، وإلا . . ففي الباقي منها دون الماضي كما سيأتي على الأثر .
قوله : (نعم ؛ لا تنفسخ في الماضي) أي : فالانفساخ المذكور إنما هو في الزمان المستقبل فقط لا في الماضي .

قوله : (إذا كان له أجره) أي : بخلاف ما إذا لم يكن له أجره . . فإنها تنفسخ فيه أيضاً كما قررته .

قوله : (لاستقراره بالتبض واستهلاك منفعه) أي : ولذا لم يثبت فيه خيار ، ونظير ذلك : ما لو اشترى عبيدين وقبض أحدهما وتلف الآخر قبل قبضه . . فإن البيع إنما يفسخ فيه فقط .
قوله : (فله من المسمى قسطه) أي : الماضي من المدة .

قوله : (موزعاً على قيمة المنفعة) أي : حال كون المسمى موزعاً على قيمة المنفعة
قوله : (وهي أجره المثل) أي : فالمراد بـ (قيمة المنفعة) : أجره مثلها ، فالمستقر قسط المسمى باعتبار أجره المثل .

قوله : (حالة العقد) أي : فالعبرة بتقويم المنفعة حالة العقد لا بما بعده ، كذا في « الأسنى »
نقلًا عن القاضي وغيره^(٢) ، قال بعضهم : (بأن يكون الشهر يساوي حال العقد ضعف أجر الشهر

(١) روضة الطالبين (١٧٩/٧) ، الشرح الكبير (١٣٧/٨) .

(٢) أسنى المطالب (٤٣٠/٢) .

فتوزع على أجرة ما مضى وما بقي من المدة ، لا على أجرة المدينتين ؛ إذ قد تزيد أجرة شهر على أجرة أشهر ، ففي مدة لها سنة مضى نصفها وأجرة مثله ضعف أجرة مثل النصف الباقي يجب ثلثا المسمى ، وفي عكسه يجب ثلثه ، وأجير الحج إن مات قبل الإحرام . . لا شيء له ، أو بعده . . .

الثاني أو بالعكس ، فهذا هو المعتبر ولو تغير الحال بعد العقد (انتهى) .

قوله : (فتوزع على أجرة ما مضى وما بقي من المدة) أي : بأن تقوم منفعة المدة الماضية والباقية ، ويوزع المسمى على نسبة قيمتهما حالة العقد دون ما بعده كما تقرر .

قوله : (لا على أجرة المدينتين) أي : لا على نسبة أجرتهما ، ومحلها ما لم يصرح بالتوزيع على المدة ؛ كسنة كل شهر منها بدينار ، وإلا . . اعتبرت ؛ لما سيأتي عن (ع ش) .

قوله : (إذ قد تزيد أجرة شهر على أجرة أشهر) أي : لكثرة الرغبات في ذلك الشهر دون هذه الأشهر ، قال (ع ش) : (قضيته : أنه لو قسط الأجرة على عدد الشهور ؛ كأن قال : أجرتكها [سنة] كل شهر منها بكذا . . اعتبر ما سماه موزعاً على الشهور ، ولم ينظر لأجرة مثل المدة الماضية ولا المستقبلية ، وهو ظاهر ؛ عملاً بما وقع به العقد) تأمل^(١) .

قوله : (ففي مدة لها سنة مضى نصفها) أي : ستة أشهر وكان المسمى ثلاثين مثلاً .

قوله : (وأجرة مثله) أي : نصف المدة .

قوله : (ضعف أجرة مثل النصف الباقي) أي : لكثرة الرغبات فيه .

قوله : (يجب ثلثا المسمى) أي : وهو عشرون في مثالنا .

قوله : (وفي عكسه) أي : بأن كان أجرة مثل الباقي ضعف أجرة مثل الماضي .

قوله : (يجب ثلثه) أي : المسمى ؛ وهو عشرة في المثال ، ولا تنفسخ الإجارة بموت العاقد لنفسه أو غيره بولاية أو وكالة ؛ لأنها عقد لازم كالبيع ، بل يخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة ، وأما انفساخها بموت الأجير المعين فيما ذكر . . فليس لكونه عاقداً ، بل لأنه مورد العقد ، تأمل .

قوله : (وأجير الحج) أي : أو العمرة أو هما .

قوله : (إن مات قبل الإحرام لا شيء له) أي : من الأجرة ؛ لأن السبب لم يتصل بالمقصود ؛ كما لو قرب الأجير للبناء الآلة ولم يبن .

قوله : (أو بعده) أي : أو مات بعد الإحرام .

وَجِبَ لَهُ قِسْطُهُ مِنَ الْمُسَمَّى مَوْزَعاً عَلَى الْعَمَلِ وَالسَّيْرِ مَعاً . (وَيَبْتِثُ الْخِيَارُ) للمستأجر على التَّراخي في إجارة عينية قُدرت بزمانٍ أو عملٍ في باقي المدة بقسطه مما مضى من المسمى إن وُجدَ بِالْعَيْنِ ما نقصت به منفعتها نقصاً متفاوتاً للأجرة به ؛ كمرضٍ ، وأنهدامٍ دعامَةٍ ، وتغيُّرٍ ماءٍ بئرٍ يُعدُّ للشُّربِ تغيُّراً يمنع شربه ،

قوله : (وجب له) أي : ثبت للأجير .

قوله : (قسطه من المسمى موزعاً على العمل والسير معاً) أي : لا على العمل فقط ؛ لأن السير وسيلة إلى العمل ، وللوسائل حكم المقاصد ، قال في « الغرر » : (إذ يبعد ألا يقابل السير الذي هو أكثر تعباً بشيء)^(١) .

قوله : (ويثبت الخيار للمستأجر على التراخي) أي : لأن سببه تعذر قبض المنفعة فهو يتكرر بتكرر انقضاء الزمان .

قوله : (في إجارة عينية قدرت بزمانٍ أو عملٍ) أي : أما إجارة الذمة . . فيلزم المؤجر الإبدال فيها ، فإن امتنع . . استأجر الحاكم عليه ، وليس المعين عما فيها كمعين العقد ؛ فبئله يفسخ التعيين لا أصل العقد ، وقيده الماوردي بما إذا لم يقدر بزمانٍ ؛ وإلا . . انفسخت بمضيه ، وأما إجارة عين قدرت بعمل . . فلا تنفسخ بنحو غصبه ، بل يستوفيه متى قدر عليه ؛ كضمن حال آخر قبضه . « تحفة »^(٢) .

قوله : (في باقي المدة بقسطه مما مضى من المسمى) أي : نظير ما مر في الانفساخ بقيوده .
قوله : (إن وجد بالعين ما نقصت به منفعتها) أخرج به : ما لو تعطلت [لا] بسببه المنفعة كلاً أو بعضاً ؛ كتعذر وقود الحمام وعدم دخول الناس له لفتنة أو خراب ما حوله . . فلا خيار به ، أفاده (سم)^(٣) .
قوله : (نقصاً متفاوتاً للأجرة به) أي : وإن كان بتعديه ، لكن إن قَبِلَ النقصُ الإصلاحَ في الحال وبودر إليه . . فلا خيار .

قوله : (كمرض) أي : للعين .

قوله : (وأنهدام دعامَةٍ) أي : للدار واعوجاجها كلاً أو بعضاً .

قوله : (وتغير ماء بئر يعد للشرب تغيُّراً يمنع شربه) ذكر في « الكفاية » أن ذلك إنما يكون عيباً إذا جرت العادة بالشرب من الآبار ، فإن لم تجر العادة بذلك . . فليس عيباً ، إلا إن منع تغييره

(١) الغرر البهية (٣١٣/٦) .

(٢) تحفة المحتاج (١٩٣/٦) .

(٣) حاشية ابن قاسم على الغرر (٣٢١/٦) .

وغير ذلك ، فيتخيرُ (بِالْغَضَبِ) للعَيْنِ الْمُسْتَأْجِرَةِ (وَالْإِبَاقِ) الصَّادِرِ مِنْهَا ، ولم تمضِ مُدَّةُ الإِجَارَةِ فِيهِمَا (وَأَنْقَطَاعِ مَاءِ الْأَرْضِ) الْمُسْتَأْجِرَةِ لِلزَّرَاعَةِ ؛ لفواتِ تمامِ المنفعةِ وإنْ حَدَثَ نحوُ المرضِ .

الطهارة ، وصور المسألة بالبئر التي في الدار المستأجرة . انتهى « حواشي الروض »^(١) .

قوله : (وغير ذلك) أي : ككون الدابة تتعثر أو تتخلف عن القافلة ، قال في « التحفة » : (ومما يخير به أيضاً ما لو استأجر محلاً لدوابه فوقه المؤجر مسجداً . فيمتنع عليه تنجيسه وكل مقدر له من حيثئذ ، ويتخير : فإن اختار البقاء . انتفع به إلى مضي المدة ؛ أي : إن كانت المنفعة المستأجر لها تجوز فيه ، وإلا ؛ كاستئجاره لوضع نجس به . . تعين إبداله بمثله من الطاهر ، وامتنع على الواقف وغيره الصلاة ونحوها فيه بغير إذن المستأجر ، وحيثئذ يقال : لنا مسجد منفعته مملوكة ويمتنع نحو صلاة واعتكاف به من غير إذن مالك منفعته)^(٢) .

قوله : (فيتخير) أي : المتسأجر .

قوله : (بالغضب للعين المستأجرة) أي : كدابة وندها^(٣) .

قوله : (والإباق الصادر منها) أي : العين من غير تفريط من المستأجر ، فإن كان بتفريط منه . . لزمه المسمى ؛ كما لو فرط في الرقبة . . فإنه يضمنها .

قوله : (ولم تمض مدة الإجارة فيهما) أي : في صورتَي الغضب والإباق .

نعم ؛ إن بادر المؤجر وانتزع من الغاصب ورد النادة والأبق قبل مضي مدة لمثلها أجرة . . سقط خيار المستأجر ، وإنما لم تنفسخ الإجارة ؛ لبقاء عين المعقود عليه .

قوله : (وانقطاع ماء الأرض المستأجرة للزراعة) أي : ولها ماء معتاد ، وإنما لم يثبت به الانفساخ ؛ لبقاء اسم الأرض مع إمكان زراعتها بغير الماء المنقطع ، قال في « التحفة » : (ومن ثم : لو غرقت هي أو بعضها بماء لم يتوقع انحساره مدة الإجارة أو أوان الزرع . . انفسخت في الكل في الأولى ، وفي البعض في الثانية ، ويتخير حيثئذ على التراخي ، ووهم من قال : على الفور ، وألحق بذلك - أخذاً من العلة - أنه لو لم يمكن سقيها بماء أصلاً . . انفسخت ، وهو ظاهر)^(٤) .

قوله : (لفوات تمام المنفعة) تعليل لثبوت الخيار في جميع ما ذكر من المرض وما بعده .

قوله : (وإن حدث نحو المرض) أي : كالانهدام وتغير الماء ونحو الغضب .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٢٩/٢) .

(٢) تحفة المحتاج (١٩٢/٦ - ١٩٣) .

(٣) في الأصل : (ولبنها) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٤) تحفة المحتاج (١٩٢/٦) .

بعد قبضها ؛ لأن المنافع المستقبلية غير مقبوضة ، فهو قديم بالنسبة إليها . ثم إن ظهر قبل مضي مدة لها أجره . . فسخ ، أو أجاز بالجميع أو بعده . . فسخ في جميعها ، أو ما بقي منها ، ولو لم يعلم بالعيب إلا بعد المدة . . أخذ الأرض ؛ وهو : التفاوت بين أجره مثله سليماً ومعيباً ،

قوله : (بعد قبضها) أي : العين المؤجرة ، فلا فرق في ثبوت الخيار بذلك بين كونه سابقاً للعقد أو القبض أم حادثاً بيد المستأجر .

قوله : (لأن المنافع المستقبلية غير مقبوضة) أي : لكونها إنما تحدث شيئاً فشيئاً .

قوله : (فهو) أي : نحو المرض .

قوله : (قديم بالنسبة إليها) أي : المستقبلية ، وما سبق من القبض فأثره في جواز التصرف ، وهو لا ينافي الفسخ ؛ كما يتصرف البائع في الثمن قبل القبض ويملك الفسخ بالإعسار به .

قوله : (ثم إن ظهر) أي : نحو المرض من العيوب المذكورة .

قوله : (قبل مضي مدة لها أجره) أي : من قبض العين المؤجرة .

قوله : (فسخ) أي : المستأجر ولا شيء عليه .

قوله : (أو أجاز بالجميع) أي : بجميع الأجرة ؛ إذ لم يفت عليه شيء من المنفعة .

قوله : (أو بعده) أي : أو ظهر ما ذكر بعد مضي مدة لها أجره ؛ بأن كان في أثناء المدة .

قوله : (فسخ في جميعها) أي : المدة ، ويستقر قسط ما استوفاه من المسمى باعتبار أجره المثل .

قوله : (أو ما بقي منها) أي : أو فسخ فيما بقي من المدة ، خلافاً للمتولي حيث منع الفسخ فيه ، قال في « الفتح » : (وإن رجحه الشيخان هنا ؛ كما لو اشترى عبيدين فتلف أحدهما ثم وجد

بالباقى عيباً ، وفرق ابن الرفعة بأن تجوز الإجارة على خلاف الأصل ؛ لأنها بيع معدوم فجاز الفسخ بخلاف البيع) انتهى^(١) ، وفرق أيضاً بأن العلة في البيع التشقيص المؤدي إلى سوء المشاركة .

قوله : (ولو لم يعلم) أي : المستأجر .

قوله : (بالعيب إلا بعد المدة) أي : بعد فراغ مدة الإجارة .

قوله : (أخذ الأرض : وهو التفاوت بين أجره مثله سليماً ومعيباً) أي : وإن علم بالعيب في

الأثناء وفسخ وقلنا : لا يفسخ فيما مضى . . قال السبكي : ينبغي أن يجب الأرض ، وإن لم يفسخ . . فلا أرض للمستقبل ، وفيما مضى نظر ، قال الغزي : ويتجه : وجوبه كما في كل المدة .

« حاشية الروض »^(٢) .

(١) فتح الجواد (٦٠١/١) .

(٢) حواشي الرملي على شرح اروض (٤٣٠/٢) .

ومحلُّ التَّخْيِيرِ فِي ذَلِكَ إِنْ لَمْ يَقْبَلِ الْعَيْبُ الْإِصْلَاحَ حَالاً ، وَيُبَادِرُ إِلَيْهِ الْمُؤْجِرُ ، وَإِلَّا ؛ كَأَنْ رَدَّ الْآبِقَ قَبْلَ مَضِيِّ مَدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجْرَةٌ . . . فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لَزَوَالِ مُوجِبِهِ . وَلَوْ رَضِيَ بِعَيْبٍ مُتَوَقَّعِ الزَّوَالِ . . . بَقِيَ خِيَارُهُ ، أَوْ غَيْرِ مُتَوَقَّعِهِ . . . فَلَا ؛ لِأَنَّهُ عَيْبٌ وَاحِدٌ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ . (وَيَصِحُّ بَيْعُ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ)

قوله : (ومحل التخيير في ذلك) أي : فيما ذكر من صور العيب .

قوله : (إن لم يقبل العيب الإصلاح حالاً) أي : بأن لم يقبله أصلاً أو قبله بعد مدة لمثلها أجرة .

قوله : (ويبادر إليه المؤجر) أي : ولم يبادر المؤجر إلى إصلاحه .

قوله : (وإلا) أي : بأن قبل العيب الإصلاح وبادر إليه المؤجر .

قوله : (كأن رد الآبق قبل مضي مدة لمثلها أجرة) أي : أو انتزع المغصوب كذلك ، أو أصلح دعامة منكسرة .

قوله : (فلا خيار له) أي : للمستأجر .

قوله : (لزوال موجب) بكسر الجيم ؛ أي : مثبت الخيار وهو العيب ، ولا يكفي وعد المؤجر بذلك على الأوجه كما في « التحفة »^(١) ، فلا يسقط الخيار به ، فلو أصر الفسخ اعتماداً على وعده بذلك ثم لم يتفق له الإصلاح . . . جاز له الفسخ كما هو ظاهر .

قوله : (ولورضي) أي : المستأجر .

قوله : (بعيب متوقع الزوال) أي : كالغصب والمرض .

قوله : (بقي خياره) أي : المستأجر ؛ لأن الضرر يتجدد بتعذر قبض المنفعة ؛ فهو كما لو تركت المطالبة بعد مدة الإيلاء أو الفسخ بعد ثبوت الإعسار . . . لها العود إليه ؛ فالخيار في الإجارة في ذلك على التراخي . « شرح الروض »^(٢) .

قوله : (أو غير متوقعه) أي : فلا يبقى خياره ، بل انقطع برضاه بالعيب المذكور .

قوله : (فلا ؛ لأنه عيب واحد وقد رضي به) أي : فيسقط خياره ، بخلافه فيما قبله .

قوله : (ويصح بيع العين المستأجرة) أي : وهبتها والوصية بها سواء كان البيع لغير المستأجر أم له فيجتمع الملك والإجارة ، ولا تنفسخ بذلك ؛ لأنه ملك المنافع أولاً ملكاً مستقراً ، فلا يبطل بما يطرأ من ملك الرقبة وإن تبعها المنافع لولا الملك الأول ؛ كما لو ملك ثمرة غير مؤبرة ثم اشترى

(١) تحفة المحتاج (١٩٢/٦) .

(٢) أسنى المطالب (٤٣٨/٢) .

لوروده على الرقبة ؛ وهي ليست محلاً للإجارة ، ثم إن علم المشتري بالإجارة . . فلا خيار له ، وإلا . . تخير .

الشجرة . . لا يبطل ملك الثمرة وإن دخلت في الشراء لو لم يملكها أولاً ، فإن انفسخ أحدهما بفسخ أو بدونه . . بقي الآخر .

قوله : (لوروده) أي : البيع ؛ تعليل لصحته .

قوله : (على الرقبة وهي ليست محلاً للإجارة) أي : فيختلف الموردان ، ويد المستأجر لا تعد حائلة في الرقبة ؛ لأنها عليها يد أمانة ، ومن ثم لم يمنع المشتري من تسلمها لحظة لطيفة ؛ ليستقر ملكه ثم ترجع للمستأجر ، ويعفى عن هذا القدر اليسير ؛ للضرورة .

قوله : (ثم إن علم المشتري بالإجارة . . فلا خيار له) أي : ولا تنفسخ الإجارة بذلك ؛ كما لا ينفسخ النكاح ببيع الأمة المزوجة من غير الزوج ، فتبقى العين في يد المستأجر إلى انقضاء المدة .

نعم ؛ إن قال : علمتها ولكن ظننت أن لي أجرة ما يحدث على ملكي من المنفعة . . تخير كما نقل عن إفتاء الغزالي ورجحه الزركشي ؛ لأنه مما يخفى .

قوله : (وإلا) أي : بأن جهل المشتري بالإجارة .

قوله : (تخير) أي : جازله الخيار في البيع ، قال في « التحفة » : (ولو انفسخت الإجارة . . فقل : منفعة بقية المدة للبائع ، ورجحه ابن الرفعة ، وقيل : للمشتري ، ورجحه السبكي ، والأول أوجه كما بينته في « شرح الإرشاد ») انتهى^(١) ، ووافقه الخطيب والرملي^(٢) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) تحفة المحتاج (٢٠٠/٦) .

(٢) نهاية المحتاج (٣٢٩/٥) ، مغني المحتاج (٤٦٢/٢) .

(باب إحياء الموات)

وهو سُنَّةٌ ؛ للنصّ على أنّ فيه أجراً ، والمَوَاتُ : الأرضُ الَّتِي لم تُعَمَّرْ ، أو عمرت جاهليّةً ، ولا هي حريمٌ لمعمورٍ ، ويكفي في نفي العِمارةِ ألا يُرى أثرُها ولا دليلٌ عليها كوتدٍ

[باب إحياء الموات]

قوله : (باب إحياء الموات) أي : عمارة الأرض الخربة ، فشبه العمارة بالإحياء - أي : إدخال الروح في الجسد - بجامع ترتيب النفع على كل ، واستعار الإحياء للعمارة على طريق الاستعارة التصريحية ، والقرينة الإضافة للموات ، ويجوز أن تكون مكنية في الموات - أي : الأرض الخربة - بأن شبهها بإنسان ميت ؛ بجامع عدم النفع في كل على طريق الاستعارة بالكناية ، وإثبات الإحياء تخييل ؛ وهي قرينة المكنية .

قوله : (وهو سنة) أي : أصالة .

قوله : (للنص على أنّ فيه أجراً) أي : وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من أحيا أرضاً ميتة . . فله فيها أجر ، وما أكلت العوافي منها فهو صدقة » رواه النسائي وغيره وصححه ابن حبان^(١) ، والعوافي : طلاب الرزق من إنسان أو بهيمة أو طير .

قوله : (والموات : الأرض التي لم تعمر) أي : لم تتيقن عمارتها في الإسلام من مسلم أو ذمي ، كذا في « التحفة »^(٢) ، ويدخل فيه ما يتيقن [عدم] عمارته في الإسلام - وهو ظاهر - وما شك فيه ، وسيأتي ما فيه .

قوله : (أو عمرت جاهلية) أي : أو به أثر عمارة جاهلية لم يعرف مالکها ، أو شك هل هي إسلامية أو جاهلية كما سيأتي .

قوله : (ولا هي حريم لمعمور) أي : ولا من حقوق المسلمين ، قاله في « التحفة »^(٣) كحافات الأنهار ونحوها .

قوله : (ويكفي في نفي العمارة ألا يرى أثرها) أي : فلا يشترط في نفي العمارة التحقق ، بل يكفي عدم تحققها ؛ كأن لا يرى . . . إلخ .

قوله : (ولا دليل عليها ؛ كوتد) أي : وأصول شجر ونهر وجدار ونحوها ؛ كأثاف ، قال ابن

(١) السنن الكبرى (٥٧٢٥) ، صحيح ابن حبان (٥٢٠٢) عن سيدنا جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٢) تحفة المحتاج (٢٠١/٦) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٠٢/٦) .

(مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً . . فَهِيَ لَهُ ، وَكَذَا مَنْ أَحْيَا مَا كَانَ مَعْمُورًا) أي : ما هُوَ معمورٌ الآنَ (عِمَارَةٌ جَاهِلِيَّةٌ) لم يُعَرَفْ مَالُكُهَا ، أَوْ شَكَّ هَلْ هِيَ جَاهِلِيَّةٌ أَوْ إِسْلَامِيَّةٌ . . فَهِيَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ الْإِمَامُ . . .

قاسم : (وفيه دليل على أن رؤية آثار العمارة ونحوها ووجود دليلها مما ذكر مانع من الإحياء ، لكن قد تدل القرينة على أن ما وجد من نحو الأثافي والأوتاد إنما كان من مرتفق غير متملك ، ويتجه في مثل ذلك : ألا يكون مانعاً)^(١) .

قوله : (من أحيا أرضاً ميتة) أي : هذا لفظ حديث رواه أبو داود وغيره ، وحسنه الترمذي ، وتمامه : « وليس لعرق ظالم حق »^(٢) ، قال في « حاشية الروض » : (العرق : أربعة : البناء ، والغراس ، والبئر ، والنهر ، وروي : « عرقٌ » مضافاً ومنوناً ، وصوبه أبو الطيب وغيره)^(٣) .

قوله : (فهي له ، وكذا من أحيا ما كان معموراً) أشار بـ (كذا) إلى خلاف فيه ؛ ففي « المنهاج » : (وإن كانت جاهلية . . فالأظهر : أنه يملك بالإحياء)^(٤) ، قال في « المغني » : (والثاني : المنع ؛ لأنها ليست بموات)^(٥) .

قوله : (أي : ما هو معمور الآن عمارة جاهلية) أي : يقيناً بقرينة ما يأتي ؛ بأن كان عليها آثار عماراتهم ، والمراد بـ (الجاهلية) : ما قبل الإسلام ؛ أي : قبل مبعث النبي صلى الله عليه وسلم . قوله : (لم يعرف مالكها) أي : بأن جهل دخولها في أيدينا ، فالمراد : إن تيقنا كونها في الأصل [جاهلية] وشككتنا في أنها غنمت للمسلمين قبل أو لم تغنم ، أفاده (ع ش)^(٦) .

قوله : (أَوْ شَكَّ هَلْ هِيَ جَاهِلِيَّةٌ أَوْ إِسْلَامِيَّةٌ) هذا معتمد الشارح^(٧) ، وخالفه الرملي فاعتمد أنها لا تملك بالإحياء^(٨) ، وبه جزم في « الأنوار »^(٩) .

قوله : (فهي له) أي : لأنه لا حرمة لملك الجاهلية .

نعم ؛ إن كان بدارهم وذُبُونًا عنه وقد صولحوا على أنه لهم . . لم يملك بالإحياء .

قوله : (وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ الْإِمَامُ) أي : فلا يشترط في الإحياء إذنه ، قال في « النهاية »

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣٥١/٦) .

(٢) سنن أبي داود (٣٠٧٣) ، سنن الترمذي (١٣٧٨) عن سيدنا سعيد بن زيد رضي الله عنه .

(٣) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٤٤/٢) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٣١٥) .

(٥) مغني المحتاج (٤٦٦/٢) .

(٦) حاشية الشبرايملي (٣٣٣-٣٣٤) .

(٧) تحفة المحتاج (٢٠٥/٦) .

(٨) نهاية المحتاج (٣٣٤/٥) .

(٩) الأنوار (٦٢٩/١) .

- لَكِنْ يُسْئَلُ اسْتِثْنَانُهُ خُرُوجاً مِنَ الْخِلَافِ - اِكْتِفَاءً بِإِذْنِ الشَّارِعِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَوَاتاً ، كَمَا لَهُ أَخْذُ الرِّكَازِ . (فَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ عَامِرُهُ)

و « المغني » : (نعم ؛ لو حمى الإمام لنعم الصدقة موضعاً من الموات فأحياه شخص . . لم يملكه إلا بإذن الإمام ؛ لما فيه من الاعتراض على الأئمة)^(١) .

قوله : (لكن ؛ يسن استثنائه) أي : الإمام .

قوله : (خروجاً من الخلاف) أي : خلاف الإمام أبي حنيفة ، وكذا مالك في بعض الصور ، قال في « رحمة الأمة » : (اختلفوا هل يشترط في ذلك - أي : إحياء الموات - إذن الإمام أم لا ؟ فقال أبو حنيفة : يحتاج إلى إذن ، وقال مالك : ما كان في الفلاة أو حيث لا يتشاح الناس فيه . . لا يحتاج إلى إذن ، وما كان قريباً من العمران وحيث يتشاح الناس فيه . . افتقر إلى إذن ، وقال الشافعي وأحمد : لا يحتاج إلى الإذن)^(٢) .

قوله : (اكتفاء . .) إلخ ، تعليل لعدم اشتراط إذن الإمام .

قوله : (بإذن الشارع) أي رسول الله صلى الله عليه وسلم كما وردت الأحاديث المشهورة ، منها ما مر ، قال في « التحفة » : (ولهذا : لم يحتج في الملك إلى لفظ ؛ لأنه إعطاء عام منه صلى الله عليه وسلم ؛ لأن الله تعالى أقطع أرض الدنيا كأرض الجنة ليقطع منهما ما شاء ، ومن ثم : أفتى السبكي بكفر معارض أولاد تميم رضي الله تعالى عنهم فيما أقطعهم صلى الله عليه وسلم له بأرض الشام ، لكن في إطلاقه نظر ظاهر) انتهى^(٣) ؛ أي : فالصحيح كما قاله (ع ش) : عدم تكفيره بالمعارضة ؛ لأن غايته انتزاع عين من يد مستحقها ، إلا أن يحمل على مستحل ذلك . . فلا يبعد التكفير به^(٤) .

قوله : (وإن لم يكن مواتاً) هذه الغاية للعمارة الجاهلية والمشكوك فيها فقط ، بخلاف قوله السابق : (وإن لم يأذن الإمام) فإنه راجع لها ولما قبلها .

قوله : (كما له أخذ الركاك) أي : بجامع أن كلاهما جاهلي مملوك .

قوله : (فإن لم يعرف عامره) أي : مالكة داراً كان أو قرية بدارنا ، قال في « المغني » : (والمراد بـ « دار الإسلام » : كل بلدة بناها المسلمون ؛ كبغداد والبصرة ، أو أسلم أهلها عليها ؛

(١) نهاية المحتاج (٣٣١ / ٥) ، مغني المحتاج (٤٦٤ / ٢) .

(٢) رحمة الأمة (ص ٢٣٠) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٠٢ / ٦) .

(٤) حاشية الشبراملسي (٣٣٠ / ٥) .

وَالْعِمَارَةُ إِسْلَامِيَّةٌ . . فَمَالٌ ضَائِعٌ) أَمَرَهَا إِلَى الْإِمَامِ ؛ فَيَحْفَظُهَا ، أَوْ يَبِيعُهَا وَيَحْفَظُ ثَمَنَهَا لظهور مَالِكِهَا . ومحل ما ذُكِرَ فِي الْمُسْلِمِ - ولو غير مكلفٍ -

كالمدينة واليمن ، أو فتحت عنوة ؛ كخيبر وسواد العراق ، أو صلحاً على أن تكون الرقبة لنا تبعاً وهم يسكنونها بخراج ، وإن فتحت على أن الرقبة لهم . فمواتهما كموات دار الحرب ، ولو غلب الكفار على بلدة يسكنها المسلمون ؛ كطرسوس . . لا تصير دار حرب)^(١) .

قوله : (والعمارة إسلامية) أي : يقيناً ؛ بأن وجدت في زمن مجيء الإسلام أو حدثت بعده .
قوله : (فمال ضائع) أي : فهذا المعمور مال ضائع ؛ لأنه لمسلم أو ذمي أو نحوه .
قوله : (أمرها إلى الإمام) أي : كسائر الأموال الضائعة ، أما إذا عرف مالکها ولو ذمياً . . فهي له أو لوارثه ، ولا يملك بالإحياء ، قال في « التحفة » : (إلا إن أعرض عنه الكفار قبل القدرة . . فإنه يملك بالإحياء)^(٢) ، قال (سم) : (كأن وجهه : لما انضم لضعف الملك لكونه مال كفار [الإعراض] قبل القدرة . . صار مباحاً فملك بالإحياء ، فلا يقال : القياس : أنه غنيمة أو فيء) تأمل^(٣) .

قوله : (فيحفظها) أي : إلى ظهور مالکها فيعطى لها .

قوله : (أو يبيعها ويحفظ ثمنها) أي : أو يقرضه لبيت المال .

قوله : (لظهور مالکها) أي : إن رجي ، وإلا . . كانت ملكاً لبيت المال ؛ فله إقطاعها سواء أقطع رقبته أم منفعتها ، لكنه في الشق الأخير يستحق الانتفاع مدة الإقطاع خاصة .
قوله : (ومحل ما ذكر) أي : الملك بالإحياء .

قوله : (في المسلم) أي : فيما إذا كان المحيي مسلماً .

قوله : (ولو غير مكلف) أي : كمجنون فيما لا يشترط فيه القصد كما يأتي ، قاله في « التحفة » ، وأراد بما يأتي قوله فيها : (كل ما لا يفعل عادة إلا للتملك ؛ كبناء دار . . لا يشترط فيه قصده ، وما يفعل له ولغيره ؛ كحفر بئر . . يتوقف ملكه على قصد تملكه)^(٤) ، قال (ع ش) : (وفائدة ذلك : أن ما جرت العادة بقصده إذا فعله بلا قصد ؛ ككونه غير مكلف . . لم يملكه فلغيره إحياءه ، بخلاف ما لم تجر العادة في إحيائه بقصد فإنه يملكه بمجرد عمارته ، حتى لو عمره [غيره] بعد إحيائه . . لم يملكه)^(٥) .

(١) مغني المحتاج (٢/٤٦٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٢٠٤) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٦/٢٠٤) .

(٤) تحفة المحتاج (٦/٢١٢) .

(٥) حاشية الشبرايملي (٥/٣٤٠) .

فغيرُ المسلم لا يملك ما أحياه بدارنا ولو بإذن الإمام ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الاستِلاءِ . نَعَمْ ؛ لَهُ نَحْوُ
الاحتطابِ بدارنا . (وَلَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ) شيءٌ مِنْ عِرْفَةٍ

قوله : (فغير المسلم) أي : سواء الذمي وغيره من معاهد ومستأمن .
قوله : (لا يملك ما أحياه بدارنا ولو بإذن الإمام) فينزح منه ولا أجره عليه ؛ لأن الأرض ليست
ملك أحد وهو ساكن في دارنا بالأجرة ، فلو نزعه منه مسلم وأحياه ولو بغير إذن الإمام . . ملكه ؛ إذ
لا أثر لفعل الذمي ، فإن بقي له فيه عين . . نقلها ، ولا يضر بعد نقلها بقاء أثر عمارة ، ولو زرعه
الذمي وتركه تبرعاً . . صرف الإمام الغلة في مصالح المسلمين ، وليس لأحد تملكها ؛ لأنها ملك
المسلمين ، أما بدارهم . . فللكافر الإحياء ؛ لأن ذلك من حقوق دارهم ولا ضرر علينا في إحيائه
فملكوه به كالاصطياد .

قوله : (لما فيه) أي : في إحياء الكافر في دارنا .
قوله : (من الاستِلاء) أي : وهو ممتنع عليه بدارنا ، ولأنه نوع تملك ينافيه كفر الحربي فنفاه
كفر الذمي ؛ كالإرث من المسلم ، وروى الشافعي رضي الله تعالى عنه مرسلًا خبر : « عاديُّ
الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني »^(١) ، ومعنى : (عاديُّ الأرض) : قديمها ، ونسب لعاد ؛
لقدمهم وقوتهم ، ورواه البغوي والرافعي بزيادة : « أيها المسلمون »^(٢) ، قال الزركشي : (ولا
تعرف ، لكن يعضدها رواية النسائي عن جابر : « من أحيأ أرضاً ميتة . . فله فيها أجر »)^(٣) .

قوله : (نعم ؛ له) أي : يجوز لنحو الذمي .
قوله : (نحو الاحتطاب) أي : كالاكتشاف والاصطياد ونقل تراب لا ضرر فيه علينا .
قوله : (بدارنا) أي : من موات بدارنا ؛ لأن ذلك يخلف ولا نتضرر به ، ولأن مثل ذلك يعرض
عنه المسلم ، بخلاف إحياء الموات فلا يفوت علينا ، ولأنه بالإحياء يصير مالكاً لأصل دارنا وهو ليس
بأصلي فيها ، بخلافه في تلك الأشياء ، أما الحربي . . فليس له شيء مما ذكر ، إلا أنه إذا أخذه . . ملكه .
قوله : (ولا يملك بالإحياء شيء من عرفة) أي : وإن اتسعت ولم تضق به على الأصح ،
وقيل : إن ضيق . . امتنع ، وإلا . . فلا ، قال في « التحفة » : (وقياس ما يأتي في المحصب بل
أولى : أن نمرة كذلك ؛ لأن الإقامة بها قبل زوال يوم عرفة من سنن الحج الأكيدة)^(٤) .

(١) مسند الشافعي (ص ٤٨٧) .

(٢) التهذيب (٤/ ٤٩٠) ، الشرح الكبير (٦/ ٢٠٦) .

(٣) الحديث في « السنن الكبرى » (٥٧٢٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٦/ ٢١٠) .

ومزدلفة ومنى والمسعى والمحصب ؛ لتعلق شعار النسك بها

قوله : (ومزدلفة ومنى) ذكرهما النووي بحثاً حيث قال : (ينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة كعرفات ؛ لوجود المعنى)^(١) ، ووافقه البارزي ، ولذا قال في « البهجة » : [من الرجز] لا عرفات قلت والمزدلفة في رأي شيخي ومنى كعرفة^(٢) وقال ابن الرفعة : (ينبغي القطع بالمنع من البناء ؛ لضيقه ، بخلاف عرفات) أي : ففيها خلاف ، قال الأسنوي : (والمتجه : المنع من البناء بمزدلفة ولو قلنا بما رجحه الرافي من استحباب المبيت بها لكونه مطلوباً حينئذ)^(٣) .

قوله : (والمسعى) أي : فلا يجوز أخذ شيء من طوله أو عرضه ، قاله في « الفتح »^(٤) .
قوله : (والمحصب) نقله في « الفتح » عن بحث الزركشي ؛ لأنه يسن للحجيج إذا نفروا أن يبيتوا فيه ، واعترض بأنه ليس من مناسك الحج ، ورد بأنه تابع لها^(٥) ، قال ابن قاسم : (بل قد يقال : قياس استحباب المبيت فيه : منع إحيائه ولو لم يكن تابعاً لها ؛ لأنه حينئذ من حقوق المسلمين العامة)^(٦) ، قال الشرواني : (وهذا هو الظاهر وإن خالفه « النهاية » و « المغني »)^(٧) .
قوله : (لتعلق شعار النسك بها) أي : بعرفات وما بعدها فهي كسائر المواضع التي يتعلق بها حقوق المسلمين عموماً أو خصوصاً ؛ كالمساجد والطرق ، وفي الحديث : قيل : يا رسول الله ؛ ألا نبني لك بيتاً بمنى يظلك ؟ فقال : « لا ؛ منى مناخ من سبق » رواه أبو داود وصححه الحاكم وقال : إنه على شرط مسلم^(٨) .

قال في « المغني » : (وقد عمت البلوى بالبناء بمنى وصار ذلك لا ينكر ، فيجب على ولي الأمر هدم ما فيها من البناء والمنع من البناء فيها)^(٩) .

وقال في « الفتح » : (وظاهر كلامهم بل صريحه : أنه لا يجوز إحياء شيء من نحو عرفة بزرع وإن علم أنه يحصد ويسوي الأرض قبل الحج ؛ لأن الشارع فطم الناس عن هذه المواضع وإن تيقن

(١) روضة الطالبين (٢٨٦/٥) .

(٢) بهجة الحاوي (ص ١٢٦) .

(٣) المهمات (٢٠٧/٦) .

(٤) فتح الجواد (٦٠٧/١) .

(٥) فتح الجواد (٦٠٧/١) .

(٦) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢١٠/٦) .

(٧) حاشية الشرواني (٢١١/٦) .

(٨) سنن أبي داود (٢٠١٩) ، المستدرک (٤٦٧/١) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٩) مغني المحتاج (٤٦٩/٢) .

ولا (حَرِيمٌ مَعْمُورٌ) لِأَنَّهُ تَبَعَ لَهُ فِي الْمِلْكِ (وَهُوَ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ الْإِنْتِفَاعِ) وَإِنْ حَصَلَ أَصْلُهُ بَدُونِهِ ؛ (كَمَطْرَحِ رَمَادِ الدَّارِ) الْمَبْنِيَّةِ فِي الْمَوَاتِ ، (وَكُنَّاسَتِهَا) وَمَاءِ مِزَابِهَا ، وَكَفْنَاءِ جُدْرَانِهَا ؛

أَن الْحَجِيجَ لَا يَحْتَاجُونَ لِبَعْضِهَا ، وَلَأن الإحياء بوضعه إنما يقصد للدوام ، وأما غير ذلك من بقاع الحرم . . فيجوز إحياءه ^(١) ، بل يسن كما في « التحفة » وإن قلنا بكراهة عامر مكة ^(٢) .

قوله : (ولا حريم معمور) أي : ولا يملك بالإحياء حريم معمور .

قوله : (لأنه تبع له في الملك) أي : لكونه من مرافقه ، ومالكة يملك مرافقه تبعاً له ؛ كما يملك عرصة الدار ببناء الدار وإن لم يوجد في العرصة إحياء ، لكن يمتنع بيعه منفرداً ؛ كما لا يباع شرب الأرض ، وما بحثه ابن الرفعة من الجواز ككل ما ينقص قيمة غيره فرق السبكي بينهما بأن هذا تابع فلا يفرد ^(٣) .

قوله : (وهو) أي : حريم المعمور .

قوله : (ما يحتاج إليه لتمام الانتفاع) أي : بالمعمور ؛ بالأل يكون ثمَّ ما يقوم مقامه ، أما لو اتسع الحريم واعتيد طرح الرماد في موضع ثم احتيج إلى عمارة ذلك الموضع مع بقاء ما زاد عليه . . فيجوز عمارته ؛ لعدم تفويت ما يحتاجون إليه (ع ش) ^(٤) .

قوله : (وإن حصل أصله) أي : الانتفاع .

قوله : (بدونه) أي : بدون الحريم ، قال في « الغرر » : (ولو حفر اثنان بشراً على أن تكون لأحدهما وحريمها للآخر . . لم يجز ، وكان الحريم لصاحب البئر وللآخر أجره عمله) ^(٥) .

قوله : (كمطرح رماد الدار المبنية في الموات) احترز بذكر المبنية في الموات عن المحفوفة بملك كما سيأتي .

قوله : (وكُنَّاسَتِهَا) أي : ومطرح كنَّاسَتِهَا - بضم الكاف - أي : قمامتها .

قوله : (وماء ميزابها) أي : إن كان بمحل تكثر فيه الأمطار ، كذا قيل ، قال في « التحفة » : (وفيه نظر ، بل الذي يتجه : أنه لا فرق ؛ لمس الحاجة إليه وإن ندر المطر) ^(٦) .

قوله : (وكفناء جدرانها) أعاد الكاف ؛ للخلاف فيه ؛ ففي « الغرر » عن « الروضة » وهو :

(١) فتح الجواد (٦٠٧/١) .

(٢) تحفة المحتاج (٢١٠/٦) .

(٣) في الأصل : (يفرق) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٤) حاشية الشبراملسي (٣٣٤/٥) .

(٥) الغرر البهية (٣٦٤/٦) .

(٦) تحفة المحتاج (٢٠٨/٦) .

وهو ما حوَّالَها مِنْ الْخَلَاءِ الْمُتَّصِلِ بِهَا ، (وَطَرِيقُهَا) . وَيُقَاسُ بِذَلِكَ حَرِيمُ الْقَرْيَةِ ، وَالْبَثْرِ ،

و « أصلها » : (وعدَّ جماعة - منهم : ابن كج - فناء الدار من حريمها ، وقال ابن الصباغ : عندي : أن حيطان الدار لا فناء لها ولا حريم . . .) إلخ^(١) ، وفي « الأسنى » أن ابن الرفعة نقل الأول عن النص والزركشي عن الأكثرين قال : وعليه الفتوى^(٢) .

قوله : (وهو) أي : الفناء بكسر الفاء بوزن كساء ، والجمع : أفنية وفُنْي كما في « القاموس »^(٣) .

قوله : (ما حوَّالها من الخلاء المتصل بها) أي : الجدران ، والمراد : ما تطرق إليه الأذى بالتصرف فيه فيمنع منه ، وكذلك يمنع أن يلصق حائطه بحائطه ؛ لأنه تصرف في حريمه ، فإن جعل بينهما فاصلاً وإن قل . . . جاز ، أفاده في « حاشية الروض »^(٤) .

قوله : (وطريقها) أي : الدار في صوب الباب ، قال في « التحفة » : (أي : جهته ، لكن لا إلى امتداد الموات ؛ إذ لغيره إحياء ما قبلته إذا أبقى له ممراً وإن احتاج لانعطاف وازورار ، ونظر فيه الزركشي إذا تفاحشا ؛ للإضرار)^(٥) .

قوله : (ويقاس بذلك) أي : على حريم الدار ، فالباء بمعنى : (على) لكونه في الشرع ، قال الأسنوي في « نهاية السؤل » : (القياس والقيس مصدران لقياس ؛ بمعنى : قَدَّر ، يقال : قاس الثوب بالذراع يقيسه قياساً وقياساً : إذا قَدَّره به ، وهو يتعدى بالباء كما مثلناه ، بخلاف المستعمل في الشرع فإنه يتعدى بعلی ؛ لتضمنه معنى البناء والحمل . . .) إلخ^(٦) .

قوله : (حريم القرية) أي : فحريمها النادي ؛ وهو ما يجتمعون فيه للتحديث ، ومرتكض نحو الخيل ؛ وهو الميدان ومناخ الإبل ومطرح الرماد ، ونحوها ؛ كمراح الغنم وملعب الصبيان ، ومسيل الماء وطرق القرية ، والمرعى إن قرب ، وكذا البعيد إن احتيج ؛ لاطراد العرف بذلك .

قوله : (والبئر) أي : بئر الاستقاء المحفورة في الموات ؛ فحريمها مطرح ترابها ومتردد النوازح منها ومجتمع الماشية والدولاب .

(١) الغرر البهية (٣٦٦/٦) .

(٢) أسنى المطالب (٤٤٦/٢) .

(٣) القاموس المحيط (٥٤٣/٤) ، مادة : (فني) .

(٤) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٤٦/٢) .

(٥) تحفة المحتاج (٢٠٨/٦) .

(٦) نهاية السؤل (٧٩١/٢) .

وَأَلْقَنَاهُ ، وَتَقْدِيرُ كُلِّ ذَلِكَ تَقْرِيبٌ ؛ إِذِ الْعَبْرَةُ بِمَا تَمَسُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ ، وَلَوْ كَانَ هُنَاكَ مَلِكٌ مَعْمُورٌ قَبْلَ
تَمَامِ حَدِّ الْحَرِيمِ . . فَالْحَرِيمُ إِلَيْهِ ، وَمَا لَا مَوَاتَ حَوْلَهُ . . لَا حَرِيمَ لَهُ ؛ كَدَارٍ مِلَاصِقَةٍ لِّشَارِعٍ ، أَوْ
دُورٍ مِتْلَاصِقَةٍ ؛

قوله : (والقناة) أي : بئر القناة ، والمراد بها : التي يعلو الماء بنفسه منها ويجري في الساقية إلى
الأرض ؛ فحريمها ما ينقص ماءها أو ينهار ترابها بحفر في جانبها ، قال في «شرح المنهج» : (ويختلف
ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها ، ولا يحتاج إلى موضع نازح ولا لغيره مما مر في بئر الاستقاء)^(١) .
قوله : (وتقدير كل ذلك) أي : من حريم الدار والقرية وغيرهما .
قوله : (تقريب) أي : فلا حد لشيء من ذلك .

قوله : (إذ العبرة بما تمس الحاجة إليه) أي : عرفاً ، قال في «الأسنى» : (وحمل الشافعي
رحمه الله تعالى اختلاف روايات الحديث في التحديد على اختلاف القدر المحتاج إليه ، بذلك يقاس
حريم النهر المحفور في الموات)^(٢) .

قوله : (ولو كان هناك ملك معمور قبل تمام حد الحريم . . فالحريم إليه) أي : فما عد حريماً
مما مر محله إذا انتهى الموات إليه ، وإلا ؛ بأن كان ثم ملك قبل تمام حد الحريم . . فالحريم إلى
انتهاء الموات فقط إن كان ، وإلا . . فلا حريم كما سيأتي على الأثر ، تأمل .

قوله : (وما لا موات حوله لا حريم له) مبتدأ وخبر ، والمراد (لا حريم له) : مختص به ؛
وإلا . . فله حريم مشترك ؛ ففي «التحفة» و«النهاية» : (نعم ؛ أشار البلقيني واعتمده غيره إلى
أن كل دار لها حريم ؛ أي : في الجملة ، قال : وقولهم هنا : (لا حريم لها) أرادوا به غير الحريم
المستحق ؛ أي : وهو ما يتحفظ به عن يقين الضرر)^(٣) ، قال السيد عمر : (يتأمل على هذا :
هل يعتبر من كل جانب ، أو من البعض ؟ وهل يثبت لكل في ملك كل ، أو كيف الحال ؟) .
قوله : (كدار ملاصقة لشارع) أي : طريق نافذ ؛ لأنه لعامة المسلمين ، بخلاف ما إذا كانت
في غير نافذ .

قوله : (أو دور متلاصقة) أي : بأن أحيطت كلها معاً أو جهل ، قال في «الأسنى» : (أما
المتلاصق بعضها ؛ بأن تكون طرف الدور . . فلها حريم من خارج القرية)^(٤) .

(١) فتح الوهاب (١/٢٥٣) .

(٢) أسنى المطالب (٢/٤٤٦) .

(٣) تحفة المحتاج (٦/٢٠٩) ، نهاية المحتاج (٥/٣٣٧) .

(٤) أسنى المطالب (٢/٤٤٦) .

إِذَا لَا مُرَجَّحَ . (وَيَجُوزُ لِلْإِمَامِ) أَوْ نَائِبِهِ (إِقْطَاعُ الْمَوَاتِ لِمَنْ يَغْمُرُهُ ، فَيَكُونُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ) وَإِنَّمَا يُقْطَعُهُ مُحَلًّا يَكْفِيهِ وَيَطِيقُ إِحْيَاءَهُ ؛ إِذَا إِقْطَاعُهُ كَالْتَحَجُّرِ ؛

قوله : (إِذَا لَا مُرَجَّحَ) أي : فإنه ليس جعل موضع حريماً لدار أولى من جعله لأخرى ، ويتصرف كل واحد من الملاك في ملكه كيف شاء وإن خالف العادة وأضر بالمالك ؛ لأنه أضر بماله ، ولو حريماً . فله أن يحدث في ملكه حداً أو قصاراً لا يضر بجدار جاره ؛ بأن احتاط وأحكم جدران بهيئت تليق بمقصوده ، وكذا الدباغ والحمام إن أحكم كذلك ، ثم إذا تصرف على العادة . لا ضمان عليه ، وإن أفضى إلى تلف أو جاوزها ؛ بأن أضرت النداوة والدق بجدار الجار . منع وضمن ما تلف به ؛ لتعديده .

قوله : (وَيَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ إِقْطَاعُ الْمَوَاتِ لِمَنْ يَغْمُرُهُ) أي : لأنه صلى الله عليه وسلم (أقطع الزبير رضي الله تعالى عنه أرضاً من أموال بني النضير) متفق عليه^(١) ، (وأقطع وائل بن حجر أرضاً بحضرموت) رواه أبو داود وغيره وصححه الترمذي وغيره^(٢) ، وأصل الإقطاع : أن يسوغ الإمام من مال الله شيئاً لمن يراه أهلاً لذلك ؛ وأكثر استعماله في الأرض ؛ بأن يخرج منها لمن يراه ما يحوزها ؛ إما بأن يملكه إياه فيعمره ، وإما بأن يجعل غلتها له .

قوله : (فَيَكُونُ) أي : المقطوع .

قوله : (أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ) أي : بمجرد الإقطاع ؛ أي : مستحقاً له دون غيره ، قال في « حاشية الروض » عن الأزهري : (أَحَقُّ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ لَهُ مَعْنِيَانِ :

أحدهما : استيعاب الحق ؛ كقولهم : فلان أحقُّ بماله ؛ أي : لا حق لغيره فيه ، قال النووي في « التحرير » : وهو المراد هنا .

والثاني : الترجيح وإن كان للآخر فيه نصيب ؛ كخبر : « الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا »^(٣) .

قوله : (وَإِنَّمَا يَقْطَعُهُ مُحَلًّا يَكْفِيهِ وَيَطِيقُ إِحْيَاءَهُ) أي : فلا يجوز للإمام أن يقطع [إلا] قادراً على الإحياء ويكون ما يقطعه له قادراً يطيق إحياءه^(٤) ؛ لأنه اللائق بفعل الإمام المنوط بالمصلحة ، والمراد به (الإطاقة) هنا : ما يعم الحسية والشرعية ، فلا يقطع الذمي في دار الإسلام .

قوله : (إِذَا إِقْطَاعُهُ كَالْتَحَجُّرِ) أي : في جميع أحكامه ، وفيه إحالة على مجهول ؛ إذ لم يذكر أحكامه قبل ولا بعد .

(١) صحيح البخاري (٣١٥١) ، صحيح مسلم (٢١٨٢) عن سيدتنا أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما .

(٢) سنن أبي داود (٣٠٥٨) ، سنن الترمذي (١٣٨١) عن سيدنا وائل بن حجر رضي الله عنه .

(٣) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٤٧/٢) ، والحديث أخرجه مسلم (١٤٢١) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٤) في الأصل : (يطيقه الإحياء) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

وهو : نصبُ الحجارةِ عليه للإحياءِ إن أطاقَ إحياءَهُ ، ومحلُّ كونِ المقطعِ أحقَّ من غيره إن لم يكنِ الإقطاعُ لتملكِ رقبتهِ ، وإلاَّ.. ملَّكُهُ ،

نعم ؛ هي مذكورة في غير هذا الكتاب قبل مسألة الإقطاع ، تدبر .
قوله : (وهو) أي : التحجر .

قوله : (نصب الحجارة عليه للإحياء) يعني : أن ينصب على الموات علامة للإحياء ؛ كنصب حجارة ، أو غرز خشب أو قصب ، أو جمع تراب أو نحوها فيصير بذلك متحجراً ؛ أي : مانعاً لغيره منه بما فعله ، وهو أحق به من غيره ؛ لخبر أبي داود : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم .. فهو أحق به »^(١) ، ولأن الإحياء إذا أفاد الملك .. وجب أن يفيد الشروع فيه الأحقية ؛ كالسوم مع الشراء ، وهذه الأحقية أحقية اختصاص لا ملك ؛ لأن سببه الإحياء ولم يوجد ، ولها شرطان : أحدهما : ألا يزيد على قدر كفايته ، فإن خالف .. كان لغيره إحياء الزائد على كفايته ، وقيل : لا يصح تحجره أصلاً .

الثاني : القدرة على تهيئة الإكمال ، فلو تحجر ما يعجز عنه .. كان لغيره إحياء الزائد .
قوله : (إن أطاق إحياءه) أي : حالاً ؛ إشارة إلى أحد الشرطين المذكورين ، قال في « التحفة » : (أما ما لا يقدر عليه حالاً بل مآلاً .. فلا حق له فيه)^(٢) .

قوله : (ومحل كون المقطع أحق من غيره) تقييد للمتن .
قوله : (إن لم يكن الإقطاع لتملك رقبته) أي : بل ليحييه كما هو الغالب في إقطاعات الإمام .
قوله : (وإلا .. ملكه) أي : بأن أقطعه لتملك رقبته .. ملكه المقطع بمجرد إقطاعه له كما في « التحفة » وغيرها^(٣) وإن لم يضع يده عليه بالإحياء كما هو ظاهر ؛ إذ لو توقف الملك على الإحياء .. لم يكن للإقطاع فائدة ؛ فإن مجرد الإحياء مملك ، وألحق بالموات في جواز الإقطاع : المندرس الضائع في الأصح ، بخلاف الإحياء .

قال شيخ الإسلام : (وقد يقال : هذا ينافي ما مر من جعله كالمال الضائع ، ويجاب بأن المشبه لا يعطى حكم المشبه به من جميع الوجوه ، والحاصل : أن هذا مقيد لذلك)^(٤) ، قال (سم) : (فالمعنى : أنه كالمال الضائع ، إلا في جواز الإقطاع .. فيخالفه فيه ؛ إذ هو ثابت في

(١) سنن أبي داود (٣٠٧١) عن سيدنا أسمر بن مضر رضي الله عنه .

(٢) تحفة المحتاج (٢١٣ / ٦) .

(٣) تحفة المحتاج (٢١٣ / ٦) .

(٤) أسنى المطالب (٤٤٨ / ٢) .

ولو تعدى أحد على المَقْطَعِ لا للتملكِ أو المتحجرِ وأحياءه . . ملكه ، لكنه يَأْتُم .

المندرس المذكور دون المال الضائع^(١) .

قوله : (ولو تعدى أحد على المقطع) أي : للإحياء ولو قبل بطلان حقه أو بعد شروعه في العمارة .

قوله : (لا للتملك) أي : بخلاف المتعدي على المقطع للتملك فإنه لا يملك ما أحياء ؛ لأنه متعد على ملك الغير .

قوله : (أو المتحجر) أي : أو تعدى أحد على المتحجر .

قوله : (وأحياء) عطف تفسير لقوله : (تعدى) .

قوله : (ملكه) أي : في الأصح ؛ لأنه حقق سبب الملك ، وقيل : إنه لا يملكه ؛ لثلا يبطل حق غيره .

قوله : (لكنه يَأْتُم) أي : كما لو دخل في سوم أخيه واشترى ، وكما لو عشن الطائر في ملكه وأخذ الفرخ غيره ، ويجوز للإمام أو نائبه أن يحمي لنحو خيل الجهاد ومواشي الزكوات والضعفاء عن النجعة أرضاً مواتاً لترعى فيها ؛ بأن يمنع الناس من رعيها إذا لم يضر بهم ؛ بأن يكون قليلاً من كثير بحيث يكفي بقية المسلمين ؛ وذلك لأنه صلى الله عليه وسلم (حمى النقيع لخيال المسلمين) رواه ابن حبان في « صحيحه »^(٢) .

والنقيع : موضع بقرب وادي العقيق على عشرين ميلاً من المدينة ، وخرج به (الإمام أو نائبه) : غيرهما ، ولو كان عاملاً . . فليس له أن يحمي ، وبما بعده : ما إذا حمى لنفسه إلا للنبي صلى الله عليه وسلم وإن لم يقع منه ، ولو وقع . . كان لمصالح المسلمين أيضاً ؛ لأن ما كان مصلحة له كان مصلحة لهم .

ويجوز للإمام نقض حماه وحمى غيره من الأئمة ولو الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم عند المصلحة ؛ بأن ظهرت فيه بعد ظهورها في الحمى ، وليس هذا من نقض الاجتهاد بالاجتهاد .

نعم ؛ حمى النبي صلى الله عليه وسلم ليس لأحد من الأئمة نقضه ؛ لأنه نص عليه فلا ينقض ولا يغير بحال ولو استغني عنه ، ولذا قال في « البهجة » : [من الرجز]

وجاز نقض ما سوى النقيع بالنون إذ ذاك حمى الشفيع^(٣)

صلى الله عليه وسلم ، قال في « المغني » : (فمن زرع فيه أو غرس أو بنى . . قلع ، وحكى

(١) حاشية ابن قاسم على الفرر (٣٧١/٦) .

(٢) صحيح ابن حبان (٤٦٨٣) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٣) بهجة الحاروي (ص ١٢٧) .

(فَصْلٌ)

(يَجُوزُ) ولو لذيّ الوقوف و(الجلوس في الطريق للاستراحة ، والمعاملة ، وغير ذلك إذا لم يَضَيِّقْ عَلَى الْمَارَّةِ) وإن لم يأذن فيه الإمام ؛ لِاتِّفَاقِ النَّاسِ عَلَيْهِ فِي سَائِرِ الْأَعْصَارِ

صاحب « الرونق » قولاً وصححه : أنه لا يجوز نقض ما حماه الخلفاء الأربعة رضي الله تعالى عنهم ، قال السبكي : وهذا غريب ، لكنه ملبح ؛ فإن فعلهم أعلى من فعل كل إمام بعدهم ^(١) والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

قوله : (فصل) أي : في بيان حكم منفعة الشارع وغيرها من المنافع المشتركة ؛ فمنفعة الشارع الأصلية : المرور فيه ؛ لأنه وضع له ، ويجوز غيره ؛ كالجلوس وغيره مما سيأتي بقيوده .
قوله : (يجوز ولو لذي) أي : يجوز لكل أحد ولو كافراً ذمياً ، وأشار بـ (لو) إلى خلاف فيه ، وعبارة « الأسنى » : (وفي منع الذمي من ذلك وجهان ، رجح منهما ابن الرفعة والسبكي : عدم المنع ؛ لأن ضرره لا يتأبد) ^(٢) .

قوله : (الوقوف والجلوس في الطريق) أي : ولو في وسطها .

قوله : (للاستراحة والمعاملة ، وغير ذلك) أي : كانتظار رفيق وسؤال .

قوله : (إذا لم يضيق على المارة) أي : في الطريق ، قيد للجواز ؛ وذلك لخبر : « لا ضرر ولا ضرار » ^(٣) .

قوله : (وإن لم يأذن فيه الإمام) أي : فلا يشترط في جواز الانتفاع بالطريق بما ذكر إذن الإمام .

قوله : (لاتفاق الناس عليه) أي : على نحو الجلوس في الطريق ؛ تعليل للجواز بغير إذن الإمام .

قوله : (في سائر الأعصار) أي : من غير تكبر ، وسيأتي في المسجد : أنه إذا اعتيد إذنه . .
تعين ، فيحتمل أن هذا كذلك ، ويحتمل الفرق بأن من شأن الإمام النظر في أحوال العلماء ونحوهم دون الجالسين في الطريق ، قاله في « التحفة » ^(٤) ويؤيد الاحتمال الأول كما قاله السيد عمر

(١) مغني المحتاج (٢ / ٤٧٤) .

(٢) أسنى المطالب (٢ / ٤٤٩) .

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤١) ، والإمام أحمد (٣١٣ / ١) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٤) تحفة المحتاج (٦ / ٢١٦) .

نَعَمْ ؛ الْأَوْجَهُ : أَنَّ مَنْ تَوَلَّدَ مِنْ وَقُوفِهِ ضَرَرٌ وَلَوْ أَحْتِمَالاً . . . أَمَرَ بِقَضَاءِ حَاجَتِهِ وَانْصِرَافِهِ ،
وَلِلْجَالِسِ التَّظْلِيلُ بِمَا لَا يَضُرُّ ؛ لِاعْتِيَادِهِ ، لَا بِنَاءِ دَكَّةٍ أَوْ مِظْلَةٍ . وَيَخْتَصُّ بِمَحَلِّ أَمْتَعَتِهِ وَمَعَامِلِيهِ ،
فَلَيْسَ لغيرِهِ

البصري : أنه إذا اعتيد الإذن . . فتركه مؤد إلى الفتنة والإضرار بالجالس .
قوله : (نعم ؛ الأوجه . .) إلخ ، نقله في « النهاية » عن « الشامل » واعتمده^(١) .
قوله : (أن من تولد من وقوفه ضرر ولو احتمالاً) مثله الجالس كما علم بالأولى .
قوله : (أمر بقضاء حاجته وانصرافه) أي : أمره به الإمام وجوباً كما بحثه (ع ش) لأن
ما اقتضته المصلحة يكون واجباً عليه ، بل إذا توقف ذلك على نصب جماعة يذبون ذلك . . وجب ؛
لأنه من المصالح العامة ، ويجوز ذلك للأحاد إذا لم يترتب عليه فتنة ، وإلا . . فلا^(٢) .
قوله : (وللجالس التظليل) أي : ويجوز للجالس في الطريق لنحو المعاملة تظليل موضع
قعوده ، وشمل إطلاقه الذمي ، وهو غير بعيد وإن كان بمثبت ، ويفارق إشراع الروشن بأن فيه
استعلاء من يمر تحته من المسلمين فمنع منه ، بخلاف ما يظلل به ؛ فحيث جاز له الانتفاع به . .
جاز مطلقاً بالمثبت وغيره ، وبأن محل الروشن ملك فيدوم حتى بعد موت المخرج له بالانتقال
لورثته ، ولا كذلك ما هنا ، تدبر .

قوله : (بما لا يضر) أي : للمارة ؛ كثوب وعباءة وبارية ، وهي - بتشديد الياء ، وحكي
تخفيفها - : نوع ينسج من قصب كالحصير .
قوله : (لاعتياده) أي : لجريان العادة بالتظليل المذكور ، فهو تعليل لجوازه .
قوله : (لا بناء دكة أو مظلة) أي : فلا يجوز ، وهذا صريح كما قاله (ع ش) في أنه لا فرق
بين بنائه للتملك وبنائه للارتفاق^(٣) ، قال في « التحفة » : (ويتجه : جواز وضع سرير لم يضق
به)^(٤) .

قوله : (ويختص) أي : الجالس في الطريق .
قوله : (بمحل أمتعته ومعامله) دخل في الأمتعة آلاته .
قوله : (فليس لغيره) أي : لا يجوز له .

(١) نهاية المحتاج (٣٤٣/٥) .

(٢) حاشية الشيرازي (٣٤٣/٥) .

(٣) حاشية الشيرازي (٣٤٤/٥) .

(٤) تحفة المحتاج (٢١٨/٦) .

أَنْ يُضَيَّقَ عَلَيْهِ فِيهِ ، وَلَهُ مَنَعٌ وَقَفٍ مَنَعَ رُؤْيَا أَوْ وَصُولَ مُعَامَلِيهِ إِلَيْهِ ، لَا مَنَ قَعْدَ لِبَيْعٍ مِثْلٍ مَتَاعِهِ وَلَمْ يَزَاحِمُهُ فِيمَا يَخْتَصُّ بِهِ . وَلِلْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ أَنْ يَقْطَعَ بَقْعَةً مِنَ الشَّارِعِ لِمَنْ يَرْتَفِقُ فِيهَا بِالْمُعَامَلَةِ - لَا لِمَتْلِكٍ - وَإِنْ زَادَ اتَّسَاعُهُ . وَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَخْذُ عَوْضٍ مِمَّنْ يَرْتَفِقُ فِيهِ بِالْجُلُوسِ لِنَحْوِ مُعَامَلَةٍ ، بَلْ ذَلِكَ فَسْقٌ وَضَلَالَةٌ

- قوله : (أن يضيق عليه فيه) أي : في ذلك ؛ بحيث يضر به في الكيل والوزن والأخذ والإعطاء .
- قوله : (وله منع واقف) أي : ويجوز للجالس أن يمنع واقفاً بقره .
- قوله : (منع رؤية أو وصول معامليه إليه) أي : بخلاف الواقف الذي لا يمنع ذلك فلا يجوز للجالس منعه ؛ إذ لا ضرر عليه .
- قوله : (لا من قعد لبيع مثل متاعه) أي : لا يجوز للجالس منع من قعد بقره لبيع مثل متاعه .
- قوله : (ولم يزاحمه فيما يختص به) أي : من المرافق المذكورة .
- قوله : (وللإمام أو نائبه) أي يجوز لهما .
- قوله : (أن يقطع بقعة من الشارع لمن يرتفق فيها بالمعاملة) أي : فيصير المقطع أحق بها كالمتهجر ؛ لأن للإمام نظراً واجتهاداً في أن الجلوس فيه مضر أو لا ، ولهذا يزعم من رأى جلوسه مضراً كما مر .
- قوله : (لا لتمليك) أي : ولا يجوز للإمام إقطاع ذلك تمليكاً ، قال في « التحفة » : (وكالشارع حريم مسجد لم يضر الارتفاق به أهله ، بخلاف رحبته ؛ لأنها منه)^(١) .
- قوله : (وإن زاد اتساعه) أي : بأن فضل عن حاجة الطروق .
- قوله : (وليس لأحد) أي : لا يجوز لأحد إمام أو غير .
- قوله : (أخذ عوض ممن يرتفق فيه بالجلوس لنحو معاملة) أي : بلا خلاف ، قال السبكي : وقد رأينا في هذا الزمان من وكلاء بيت المال من يبيع من الشارع ما يقول : إنه يفضل عن حاجة المسلمين ، وهذا لا يقتضيه قول أحد ؛ لأن البيع يستدعي تقدم الملك ، ولو جاز ذلك . . لجاز بيع الموات ولا قائل به ، قال ابن الرفعة : وفاعل ذلك لا أدري بأي وجه يلقي الله تعالى .
- قوله : (بل ذلك فسق وضلالة) ظاهره : أنه من الكبائر ، وبه صرح في « الزواجر » قال : (وعدُّ هذا كبيرة هو ما وقع في كلام غير واحد من أئمتنا في هذا الباب حيث قالوا : إنه فسق وضلال . . .) إلخ^(٢) .

(١) تحفة المحتاج (٢١٧/٦) .

(٢) الزواجر عن اقتراف الكبائر (١/٥٦٩) .

وفي معناه : أَلرَّحَابُ الْوَاسِعَةُ بَيْنَ الدُّوَرِ ، وَالسَّابِقُ لَوْ ذَمِيًّا إِلَى مُحَلٍّ مِنْهُ لَنَحْوِ مُعَامَلَةٍ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ . وَكَذَا مَنْ سَبَقَ إِلَى مُحَلٍّ مِنْ نَحْوِ مَسْجِدٍ ، أَوْ مَدْرَسَةٍ

قوله : (وفي معناه) أي : الشارع فيما ذكر .

قوله : (الرحاب الواسعة بين الدور) أي : في المدن ؛ لأنها من المرافق العامة كما قاله الروياني ، وقد نقل الإجماع على منع إقطاع المرافق العامة ، وهو محمول على إقطاع التملك ؛ لثلا ينافي ما مر من جواز إقطاع الارتفاق بالشارع بما لا يضر منه بوجه فيكون كالمتحجر ، قال في « المغني » : (وأما الارتفاق بأفنية المنازل في الأملاك : فإن أضر ذلك بأصحابها . . منعوا من الجلوس فيها إلا بإذنهم ، وإلا : فإن كان الجلوس على عتبة الدار . . لم يجز إلا بإذن مالكيها ، وله أن يقيمه ويجلس غيره)^(١) .

قوله : (والسابق) مبتدأ ، خبره قوله : (أحق من غيره) .

قوله : (ولو ذمياً) أي : سبق مسلماً ، قال (ع ش) : (لوجود المرجح ؛ وهو السابق)^(٢) .
قوله : (إلى محل منه لنحو معاملة) أي : إلى مكان من الشارع ؛ للارتفاق بالجلوس فيه لنحو المعاملة بالبيع والشراء أو الصناعة .

قوله : (أحق من غيره) أي : وإن أطلال الجلوس فيه ؛ لحديث أبي داود : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم . . فهو له »^(٣) أي : اختصاصاً لا ملكاً ، ولأن له غرضاً في ملازمة ذلك ليألفه الناس ، ولو سبق إليه اثنان مثلاً معاً وتنازعا ولم يسعهما . . أقرع بينهما وجوباً ؛ إذ لا مرجح ، ولذا لو كان أحدهما مسلماً . . قدم ؛ لأن انتفاع الذمي بدارنا إنما هو بطريق التبعية لنا ، فإن ترتباً . . قدم السابق ولو ذمياً كما تقرر .

قوله : (وكذا من سبق إلى محل من نحو مسجد أو مدرسة) أي : فهو أحق به من غيره ، وأفهم إلحاقه المسجد بالشارع أنه لا يشترط فيه إذن الإمام ، وهو كذلك على ما قاله الإمام ؛ إذ المساجد لله تعالى ، لكن قيده الماوردي بصغار المساجد قال : وأما كبارها والجوامع . . فيعتبر فيه إذن الإمام إن كانت عادة البلد الاستئذان فيه^(٤) ، واعتمده الشارح^(٥) .

(١) مغني المحتاج (٢ / ٤٧٥) .

(٢) حاشية الشيرازي (٥ / ٣٤٤) .

(٣) سنن أبي داود (٣٠٧١) عن سيدنا أسمر بن مضر رضي الله عنه .

(٤) الأحكام السلطانية (ص ٣٢٣) .

(٥) تحفة المحتاج (٦ / ٢٢٣) .

لتعليم قرآن ، أو حديث ، أو تعليم علم شرعي ، أو آله له ، أو إفتاء في علم كذلك ، ولسماع درس بين يدي مدرس . . فهو أحق به من غيره ، فلا يزعم عنه وإن طال جلوسه فيه ما لم يعرض عنه ،

قوله : (لتعليم قرآن أو حديث) شمل تعليم القرآن بحفظه في الألواح وتعليم القراءات السبع ، وكذا العشر ، وخرج به : الجلوس لقراءة القرآن فلا يصير أحق به ؛ كقراءة الأسباع التي تفعل بالمساجد ما لم يكن الشارطُ لمحلِّ بعينه الواقفَ للمسجد .

قوله : (أو تعليم علم شرعي) أي : كتفسير وفقه .

قوله : (أو آله له) أي : للعلم الشرعي ؛ كتحقو وصرف .

قوله : (أو إفتاء في علم كذلك) أي : شرعي أو آله له .

قوله : (ولسماع درس بين يدي مدرس) أي : في مسجد أو مدرسة إذا كان أهلاً للجلوس فيه ، أما لو كان لا يفيد ولا يستفيد . . فلا معنى له ، قاله الأذرعى بحثاً ، وجزم به في « التحفة »^(١) وظاهره : ولو مسائل قليلة أو مسألة ، وهو غير بعيد ، ولو سبق اثنان إلى مكان واحد وتنازعا . . أقرع كما قاله ابن الرفعة^(٢) ، وقال الأذرعى : ويحتمل أن يقال : يقدم المدرس من رآه أولاً بالمجلس لفضله وعلمه أو استفادته ؛ ولا سيما إذا كان مزاحمه غير مرجو الفلاح .

قوله : (فهو) أي : السابق إلى ذلك المحل لنحو التعليم .

قوله : (أحق به من غيره فلا يزعم عنه وإن طال جلوسه فيه) أي : لما مر من الحديث والتعليل من أن له غرضاً في ملازمة ذلك الموضع ليألفه الناس ، وحديثُ النهي عن اتخاذ المساجد وطناً يستحق^(٣) . . مخصوص بما عدا ذلك ، وما ذكره الشارح في المسجد هو المنقول عن أبي عاصم العبادي والغزالي^(٤) ، وقال الشيخان : إنه أشبه بمأخذ الباب^(٥) ، ونقله في « شرح مسلم » عن الأصحاب^(٦) ، قال في « النهاية » : (وهو المعتمد وإن نوزع فيه)^(٧) .

قوله : (ما لم يعرض عنه) أي : عن ذلك المحل ؛ قيد لمسألتي الشارع ونحو المسجد معاً ؛ وذلك بأن يترك حرفته من المعاملة أو التعليم بالكلية أو ينتقل لغيره .

(١) تحفة المحتاج (٢٢١/٦) .

(٢) كفاية النية (٤٠٤/١١) .

(٣) أخرجه أبو داود (٨٦٢) ، وابن ماجه (١٤٢٩) عن سيدنا عبد الرحمن بن شبل رضي الله عنه .

(٤) الوسيط (٢٢٨/٤) .

(٥) روضة الطالبين (٢٩٦-٢٩٧/٥) ، الشرح الكبير (٢٢٥/٦) .

(٦) شرح صحيح مسلم (١٤٠/١٤) .

(٧) نهاية المحتاج (٣٤٥/٥) .

أَوْ يَغِبُّ عَنْهُ غَيْبَةً طَوِيلَةً وَلَوْ لَعَذِرَ ؛ بَحِثْ يَنْقَطِعُ عَنْهُ مَعَامِلُوهُ وَالْمَتَعَلِّمُونَ مِنْهُ ، وَيَتَّقِلُونَ إِلَى غَيْرِهِ وَإِنْ لَمْ يَنْقَطِعُوا وَلَمْ يَتَّقِلُوا . وَالسَّابِقُ إِلَى مُحَلِّ الصَّلَاةِ أَوْ اسْتِمَاعِ حَدِيثٍ

قوله : (أَوْ يَغِبُّ عَنْهُ غَيْبَةً طَوِيلَةً وَلَوْ لَعَذِرَ) أي : كمرض أو سفر وإن ترك فيه متاعه أو أقطعه له الإمام .

قوله : (بَحِثْ يَنْقَطِعُ عَنْهُ مَعَامِلُوهُ وَالْمَتَعَلِّمُونَ مِنْهُ) تصوير للغيبوبة الطويلة .

قوله : (وَيَتَّقِلُونَ إِلَى غَيْرِهِ) أي : ويألفونه ، وهذا لازم لما قبله ؛ فمتى وجد شيء من ذلك .. بطل حقه ؛ لأن الغرض من الموضع المعين أن يعرف فيعامل أو يتعلم منه وقد انقطع بذلك .

قوله : (وَإِنْ لَمْ يَنْقَطِعُوا وَلَمْ يَتَّقِلُوا) أي : بالفعل ، فالمراد من التصوير المذكور : أن تمضي مدة من شأنها أن ينقطع معاملوه أو المتعلمون منه وإن لم ينقطعوا بالفعل ، أما إذا قصد العود إليه أو لم يقصد شيئاً ولم تطل غيبته كذلك .. فهو باق على أحقيته وإن فارقه بغير عذر كرجوعه ليلاً ؛ لخبر مسلم : « من قام من مجلسه ثم رجع إليه .. فهو أحق به »^(١) ، لكن لغيره الجلوس فيه ما دام غائباً ولو لمعاملة أو تدريس ؛ لثلا تعطل منفعة الموضع ، ويأتي هذا التفصيل في مقاعد الأسواق التي يعتاد الاجتماع لها كل أسبوع أو شهر أو سنة .

قوله : (والسابق إلى محل الصلاة) مبتدأ ، خبره قوله : (أحق ما دام جالساً ..) إلخ ، وسواء [أكان] ذلك المحل مسجداً أو غيره .

نعم ؛ الجلوس خلف المقام حرام إن منع الطائفين من فضيلة سنة الطواف ، وألحق بالجلوس بسط السجادة وإن لم يجلس ، بل قال جمع : يعزر فاعل ذلك حيث علم الحرمة ، لا يقال : صلاة سنة الطواف لا تختص بذلك ؛ لأننا نقول : إنه امتاز عن بقية أجزاء المسجد بكون الشارع عينه من حيث الأفضلية لهذه الصلاة .

قوله : (أَوْ اسْتِمَاعِ حَدِيثٍ) أي : ليس فيه نحو تفقه كما علم مما مر ، قاله في « الفتح »^(٢) ، وعبارة (ع ش) : (خرج بـ » الاستماع » : ما لو جلس لتعلمه من المحدث ؛ بأن قرأه على وجه يبين معه العلل ومعاني الأحاديث .. فإنه حينئذ من العلم الشرعي ، وقد تقدم أن الجالس له يصير أحق به) انتهى^(٣) ؛ أي : ما لم يعرض عنه .. إلخ .

(١) صحيح مسلم (٢١٧٩) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) فتح الجواد (٦٠٩ / ١) .

(٣) حاشية الشيرازي (٣٤٦ / ٥ - ٣٤٧) .

أَوْ وَعَظَ أَحَقُّ مَا دَامَ جَالِسًا فِيهِ حَتَّى يَفَارِقَهُ .

قوله : (أَوْ وَعَظَ) أي : سواء كان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس وانتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحوه أم لا ؛ كما رجحه في « الروضة » « نهاية »^(١) .

قوله : (أَحَقُّ مَا دَامَ جَالِسًا فِيهِ) أي : في ذلك المحل ، حتى لو استمر إلى وقت صلاة أخرى . . فحقه باق ؛ لخبر أبي داود السابق وإن كان خلف الإمام وليس فيه أهلية الاستخلاف ، خلافاً لمن بحث خلافه ؛ إذ الاستخلاف نادر ، ولا يختص بمن هو خلفه ؛ وكيف يترك حق ثابت لمتوهم ، تدبر .

قوله : (حَتَّى يَفَارِقَهُ) أي : فإن فارقه لغير عذر . . بطل حقه وإن نوى العود أو به لا ليعود ؛ لأن الصلاة ببقاع المسجد لا تختلف ، ولأن لزوم بقعة معينة للصلاة غير مطلوب ، بل ورد النهي عنه ، وحينئذ : فلا نظر لأفضلية الصف الأول ؛ لأن ذلك لم ينحصر في بقعة بعينها ، ولا لأفضلية القرب من الإمام أو جهة اليمين وإن انحصر في موضع بعينه ؛ لما تقرر من النهي الشامل لهذه الصورة ، فزال اختصاصه عنها بمفارقتها بعد الصلاة ؛ حتى لا يألّفها فيقع في رياء ونحوه ، وبه يفرق بين هذا وما مر في مقاعد الأسواق ؛ إذ أعيان البقاع فيها مقصودة يختلف الغرض بها ، ولا كذلك هنا ؛ فلو فارقه ولو قبل دخول الوقت لحاجة وهو يريد العود . . لم يبطل حقه في تلك الصلاة وإن لم يترك نحو إزاره فيه ؛ لخبر مسلم السابق .

نعم ؛ إن أقيمت الصلاة واتصلت الصفوف . . فالمعتمد كما بحثه الأذري : سدُّ الصف مكانه ، ولا عبرة بفرش سجادة له قبل حضوره فلغيره تنحيتهما بما لم يدخلها في ضمانه ؛ بأن لم تنفصل على بعض أعضائه كما لا يخفى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(كتاب الوقف)

مصدرُ : (وَقَفَ) ، و (أَوْقَفَ) : لغة رديئة ، وهو لغةٌ : ألجسُ ، وشرعاً : حبسُ مالٍ يُمكنُ الانتفاعُ به ،

[كتاب الوقف]

قوله : (كتاب الوقف) الأصل فيه قوله تعالى : ﴿ كُنْ نَازِلًا أَلِرَّحَاقَ تَفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾ ، ولما سمعها أبو طلحة . . بادر إلى وقف أحب أمواله إليه بيرحاء حديقة مشهورة^(١) ، ووقف عمر رضي الله تعالى عنه أرضاً بخير بإشارته صلى الله عليه وسلم ، وشرط فيها ألا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب ، وأن من وليها يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه ، رواه الشيخان^(٢) ، ونقل عن أبي يوسف أنه لما سمع هذا الخبر . . رجع عن قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ببيع الوقف وقال : لو سمعته . . لقال به ، قال في « التحفة » : (وإنما يتجه الرد به على أبي حنيفة إن كان يقول ببيعه - أي : الاستبدال به - وإن شرط الواقف عدمه) فليراجع^(٣) .

قوله : (مصدر وقف) يعني : أن لفظ الوقف في الأصل مصدر وقف الثلاثي ثم هو يكون باقياً على مصدريته ، وقد يكون بمعنى اسم المفعول ، ومن هنا جمع على أوقاف في القلة ووقوف في الكثرة .
قوله : (وأوقف لغة رديئة) مبتدأ وخبر ، وهي لغة بني تميم ، قال في « المغني » : (وعليها العامة)^(٤) .

قوله : (وهو لغة : الحبس) يقال : وقفت كذا ؛ أي : حبسته ، ويرادفه التسبيل والتحبس ، ولا يقال : أوقفته إلا في لغة تميمية ، وهي رديئة كما تقرر قبل ، وهو عكس حبس ؛ فإن الفصح : أحبس ، وأما (حبس) . . فلغة رديئة ، وفيه نظر أي نظر ؛ إذ (حبس) هي الواردة في الأخبار الصحيحة ، فليراجع .

قوله : (وشرعاً حبس مال) خرج بـ (المال) : غيره ؛ كالكلب ، ولا بد أن يكون عيناً ، خرج بها : المنفعة وما في الذمة .

قوله : (يمكن الانتفاع به) أي : حالاً أو مآلاً ؛ كالجحش الصغير .

(١) أخرجه البخاري (١٤٦١) ، ومسلم (٩٩٨) عن سيدنا أنس رضي الله عنه .

(٢) صحيح البخاري (٢٧٣٧) ، صحيح مسلم (١٦٣٣) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٣٦/٦) .

(٤) مغني المحتاج (٤٨٥/٢) .

مع بقاء عينه ، بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح ، وهو من القرب المتأكدة الباقي ثوابها بعد موت فاعلها ، كما في الخبر الصحيح

قوله : (مع بقاء عينه) أي : انتفاعاً مصاحباً لبقاء عينه .

قوله : (بقطع التصرف في رقبته) أي : المال ، متعلق بـ (حبس) والباء للتصوير ، والمراد بـ (الرقبة) : الذات ، فأفاد بذلك : أن الحبس : هو قطع التصرف في ذات الموقوف .

قوله : (على مصرف مباح) زاد بعضهم : (موجود)^(١) ليخرج المنقطع الأول ، وقد يقال : الأولى حذفه ؛ ليجري التعريف على القولين ، وزاد آخر : (وجهة) ، وحذفها أولى ؛ لإيهامه وعدم الاحتياج إليه ؛ لشمول ما قبله له ، وقد اشتمل هذا التعريف على أركان الوقف الأربعة التي هي : الواقف ، والموقوف ، والموقوف عليه ، والصيغة ؛ إذ المال هو الموقوف ، والمصرف المباح هو الموقوف عليه ، ويؤخذ من الحبس : الواقف والصيغة ، تأمل .

قوله : (وهو) أي : الوقف الشرعي .

قوله : (من القرب المتأكدة) بل هو أفضل من الصدقة حيث لم يكن وقت شدة وحاجة ؛ لكثرة جدواه ، والقول بأن الصدقة أفضل مطلقاً ؛ لأنه قطع حظه من المتصدق به حالاً منازع فيه بأن العلماء فسروا الصدقة الجارية بالوقف كما سيأتي ، وتخصيصه بالذكر يدل على أفضليته على غيره ، تدبر .

قوله : (الباقي ثوابها بعد موت فاعلها) أي : فلم ينقطع ثوابها بعد موته .

قوله : (كما في الخبر الصحيح) أي : وهو ما رواه مسلم وغيره من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال صلى الله عليه وسلم : « إذا مات المسلم . . انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جازية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له »^(٢) ، والصدقة الجارية محمولة عند العلماء كما قاله الرافعي على الوقف^(٣) ؛ لأن غيره من الصدقات ليست جارية ، بل يملك المتصدق عليها أعيانها ومنافعها ناجزاً ، وأما الوصية بالمنافع وإن شملها الحديث . . فهي نادرة فحمل الصدقة في الحديث على الوقف أولى ، وأول وقف في الإسلام وقف عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه المار ، وقيل : بل وقف صلى الله عليه وسلم أموال مخيريقي التي أوصى بها له في السنة الثالثة ، ثم تتابع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ذلك حتى زادوا على الثمانين ، وجاء عن جابر رضي الله تعالى

(١) انظر « نهاية المحتاج » (٣٥٨/٥) .

(٢) صحيح مسلم (١٦٣١) .

(٣) الشرح الكبير (٢٥٠/٦) .

(شَرَطُ الْوَاقِفِ صِحَّةُ تَبَرُّعِهِ) لِيَصِحَّ (فَلَا يَصِحُّ وَقْفُ الصَّبِيِّ) وَالْمَجْنُونِ ، وَالسَّفِيهِ ، وَالْمُكْرَهَ ،
وَالْمَكَاتِبِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ،)

عنه قال : (ما بقي أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم له مقدرة حتى وقف) .
والمراد بـ (العلم) في الخبر : العلم النافع في الدين ، واختلف في التعليم والتصنيف أيهما
أفضل ؟ فمن السَّنْكَلُونِيِّ : أن الأول أفضل ؛ لما فيه من المنفعة المعجلة ، وعن التاج السبكي : أن
الثاني أفضل ؛ لطول بقائه على ممر الأزمان ، والذي يتجه كما في (باب التيمم) من « الإيعاب » :
أنه إن كان ثمَّ من يقوم عنه . . كان التصنيف أولى ، وإلا . . فالتعليم أولى .
والولد الصالح : هو القائم بحقوق الله تعالى وحقوق العباد ، وهو محمول على كمال القبول ،
وأما أصله . . فيكفي فيه أن يكون مسلماً ، وورد في أحاديث أخر زيادة على هذه الثلاثة ، وقد
تتبعها الحافظ السيوطي فبلغت أحد عشر ، وله فيها النظم المشهور .
قوله : (شرط الواقف . . .) إلخ ، شروع في بيان الركن الأول من أركان الوقف الأربعة ، وبدأ
به ؛ لأنه الأصل .

قوله : (صحة تبرعه) أي : في الحياة كما هو المتبادر .
قوله : (ليصح) أي : الوقف لكونه من التبرعات .
قوله : (فلا يصح وقف الصبي والمجنون) أي : لعدم صحة عبارتهما فضلاً عن تبرعهما .
قوله : (والسفيه) أي : المحجور بالسفه .
نعم ؛ لو قال : وقفت داري على الفقراء بعد موتي . . صح ؛ لأنه وصية وهي منه صحيحة ؛
لارتفاع حجره بموته .

قوله : (والمكره) قيل : هذا وارد على المصنف حيث لم يعلم تفريعه من كلامه ، ورد بأنه
وهم ؛ لأنه في حالة الإكراه ليس صحيح العبارة ولا أهلاً للتبرع ولا لغيره ؛ إذ ما يقوله أو يفعله لأجل
الإكراه لغو منه ، فصح تفريعه على اشتراط صحة التبرع ، ثم محل عدم صحة وقفه إذا لم يكن بحق ،
قال (ع ش) : (أما به ؛ كأن نذر وقف شيء من أمواله وامتنع من وقفه بعد النذر فأكرهه عليه
الحاكم . . فيصح وقفه حينئذ . ، فإن امتنع من ذلك . . وقفه الحاكم على ما يرى فيه من المصلحة) .
قوله : (والمكاتب بغير إذن سيده) أي : أما وقف المكاتب بإذن سيده . . فيصح ؛ لأنه إنما
حجر لأجله ، لكن نقل عن القليوبي عدم الصحة ولو بإذن سيده ، فليراجع^(١) .

والمفلس ، وولي المحجور ، بخلاف غيرهم ؛ ككافر ولو لمسجد ، وأعمى لصحة وقف غير المرثي ، ومُبْعَضٍ ، وإمام من مال بيت المال على معيّن أو جهة

قوله : (والمفلس) أي : وإن زاد ماله على ديونه ؛ كأن طرأ له مال بعد الحجر ، أو ارتفع سعر ماله الذي حجر عليه فيه . (ع ش)^(١) .

قوله : (وولي المحجور) أي : لمال محجوره .

قوله : (بخلاف غيرهم) أي : ممن يصح تبرعه .

قوله : (ككافر) أي : فيصح الوقف منه وإن لم يعتقه قربة ؛ اعتباراً باعتقادنا وإن قال الواحدي : لا يصح منه ؛ اعتباراً باعتقاده . « مغني »^(٢) .

قوله : (ولو لمسجد) أي : أو مصحف ، ويتصور ملكه له بأن كتبه أو ورثه من أبيه ، ومثل المصحف الكتب العلمية . (ع ش)^(٣) .

قوله : (وأعمى) عطف على (كافر) .

قوله : (لصحة وقف غير المرثي) تعليل لصحة وقف الأعمى ، وعبرة « المغني » : (ولا يعتبر كون الوقف معلوماً للواقف ، فدل على صحة وقف ما لم يره ، وهو ما صححه في زيادة « الروضة » تبعاً لابن الصلاح وقال : لا خيار له إذا رآه ، وعلى هذا : يصح وقف الأعمى ، وهو كذلك وإن لم يصرحوا به فيما علمت) ، ومثله في « النهاية »^(٤) .

قوله : (ومبعض) عطف أيضاً على (كافر) ، قال في « المغني » : (والمرضى مرض الموت ، ويعتبر وقفه من الثلث)^(٥) .

قوله : (وإمام) عطف أيضاً على (كافر) .

قوله : (من مال بيت المال على معيّن أو جهة) أي : فيصح وقفه له سواء كان على معيّن أم جهة عامة على المنقول المعتمد ، خلافاً لما توقف فيه السبكي ؛ فقد أفتى بذلك النووي ، وسبقه إليه ابن أبي عصرون ؛ فقد نقل عنه أنه أفتى به للسلطان نور الدين الشهيد متمسكاً بوقف عمر رضي الله تعالى عنه سواد العراق ، قال الشيخان : (لو رأى الإمام وقف أرض الغنيمة كما فعل رضي الله تعالى

(١) حاشية الشيراملسي (٣٦٠/٥) .

(٢) مغني المحتاج (٤٨٦/٢) .

(٣) حاشية الشيراملسي (٣٦٠-٣٥٩/٥) .

(٤) مغني المحتاج (٤٨٦/٢) ، نهاية المحتاج (٣٦٠/٥) .

(٥) مغني المحتاج (٤٨٦/٢) .

مراعياً المصلحة في ذلك . (وَشَرَطُ الْمَوْقُوفِ دَوَامَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ دُونَ الْمَأْكُولَاتِ) لَأَنَّ منفعتها في استهلاكها (وَالرَّيْحَانِ) المسموم ؛ لسرعة فسادها . نَعَمْ ؛ الرِّيحَانُ الْمَزْرُوعُ لِلشَّمِّ يَصِحُّ وَقْفُهُ مَزْرُوعاً ، وكذا كلُّ مسمومٍ دامَ نفعُهُ ؛ كالعنبرِ والمسكِ . (وَأَنْ يَكُونَ مَمْلُوكاً)

عنه . . . جاز إذا استطاب قلوب الغانمين في النزول عنه بعوض أو بغيره (١) .

قوله : (مراعيًا المصلحة في ذلك) أي : في وقفه لمال بيت المال ، فشرطه : أن يظهر له فيه مصلحة ؛ لأن تصرفه فيه منوط بها كولي اليتيم ، ومن ثم : لو رأى تملك ذلك لهم . . . جاز ، وحيث صح وقفه . . لا يجوز تغييره ، ويجب اتباع شرطه كما هو ظاهر .

قوله : (وشرط الموقوف) أي : وهو الركن الثاني .

قوله : (دوام الانتفاع به) أي : المقصود منه ولو بالقوة ؛ بأن يبقى مدة تقصد بالاستئجار غالباً ؛ لأن الوقف شرع ليكون صدقة جارية .

قوله : (دون المأكولات) أي : والمشروبات فلا يصح وقفها .

قوله : (لأن منفعتها في استهلاكها) أي : ولا يصح استئجارها ، قال في « التحفة » : (وزعم ابن الصلاح صحة وقف الماء ؛ كربع إصبع على ما يفعل في بلاد الشام . . اختيار له) (٢) .

قوله : (والريحان المسموم) أي : فلا يصح وقفه مع أنه يستأجر ؛ لأن استئجاره نادر لا غالب ، أفاده في « الأسنى » (٣) .

قوله : (لسرعة فسادها) أي : الرياحين المسمومات ، والأولى : (فسادها) بالتذكير .

قوله : (نعم ؛ الريحان المزروع للشم وقفه مزرعاً) أي : كما نقلوه عن النووي ؛ لأنه يبقى مدة ، وفيه منفعة أخرى ، وهي : التنزه ، قال في « المغني » : (ويطلق الريحان على كل نبت رطب غرض طيب الريح ، فيدخل الورد ؛ لريحه) (٤) .

قوله : (وكذا كل مسموم دام نفعه) أي : فيصح وقفه .

قوله : (كالعنبر والمسك) أي : بخلاف عود البخور ؛ لأنه لا ينتفع به إلا باستهلاكه ، فإلحاق جمع العود بالعنبر يحمل على عود ينتفع به بدوام شمه .

قوله : (وأن يكون مملوكاً) عطف على (دوام الانتفاع به) .

(١) الشرح الكبير (١١/٤٤٧) ، روضة الطالبين (١٠/٢٧٧) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٢٣٨) .

(٣) أسنى المطالب (٢/٤٥٨) .

(٤) مغني المحتاج (٢/٤٨٦) .

يَقْبَلُ النَّقْلَ وَتَحْصُلُ مِنْهُ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ فَائِدَةٌ أَوْ مَنْفَعَةٌ يَسْتَأْجِرُ لَهَا غَالِباً (فَلَا يَصِحُّ وَقْفُ الْمُسْتَوْلَدَةِ)
وَالْمُكَاتِبِ ؛ لِعَدَمِ قَبُولِهِمَا لِلنَّقْلِ لِأَنَّهُ قَدْ دَخِلَهُمَا حَرَمَةُ الْعَتَقِ

قوله : (يقبل النقل) أي : من ملك شخص إلى ملك آخر سواء كان عقاراً أم غيره ؛ كثوب وعبد ؛ للخبر الصحيح : « وأما خالد... فإنكم تظلمون خالداً ؛ فإنه احتبس أذراعه وأعتده »^(١) جمع عتاد ؛ وهو كل ما أعدّه من السلاح والدواب ، واتفقت الأمة في الأعصار على وقف الحصر والقناديل والزلالي في المساجد من غير نكير .
نعم ؛ وقف ذلك مسجداً لا يصح ؛ لأن شرطه الثبات .

قوله : (وتتحصل منه مع بقاء عينه) أي : الموقوف ولو كان مشاعاً... فإن المعتمد : صحة وقفه ، قال في « التحفة » : (وإن جهل قدر حصته أو صفتها ؛ لأن وقف عمر السابق كان مشاعاً ، ولا يسري للباقي وإن وقف مسجداً وإن نازع كثيرون في صحته من أصله ؛ لتعذر قسمته ؛ إذ الأوجه : أنها لا تتعذر ، بل تستثنى هذه ؛ للضرورة ، وتجويز الزركشي المهايأة هنا بعيد ؛ إذ لا نظير لكونه مسجداً في يوم وغير مسجد في يوم...) إلخ^(٢) .

قوله : (فائدة أو منفعة يستأجر لها غالباً) أي : سواء كان النفع في الحال أم لا ، والمراد بـ (الفائدة) : نحو اللبن والثمره ، وبـ (المنفعة) : السكنى واللبس ونحوهما ، قال في « التحفة » : (نعم ؛ يصح وقف فحل للضراب وإن لم تجز إجارته له ؛ إذ يغتفر في القرية ما لا يغتفر في المعاوضة)^(٣) .

قوله : (فلا يصح وقف المستولدة والمكاتب) أي : كتابة صحيحة كما بحثه في « التحفة » ، بخلاف ذي الكتابة الفاسدة ؛ لأن المقلب فيه التعليق ، ووقف المعلق عتقه بصفة^(٤) وكذا المدبر صحيح ؛ لأنهما وإن عتقا بوجود الصفة والموت وبطل الوقف لكن فيهما دوام نسبي ، وفارق صحة بيعهما وعدم عتقهما مطلقاً ؛ بأنه هنا اجتمع عليه حقان متجانسان من جهة أن كلا حق الله تعالى فقدم أقواهما مع سبق مقتضيه ، تأمل .

قوله : (لعدم قبولهما للنقل) تعليل لعدم صحة وقفهما .

قوله : (لأنه قد دخلهما حرمة العتق) تعليل للتعليل .

(١) أخرجه البخاري (١٤٦٨) ، ومسلم (٩٨٣) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) تحفة المحتاج (٢٣٨/٦ - ٢٣٩) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٣٧/٦) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٣٩/٦) .

فَالْتَحَقًا بِالْحَرَائِرِ . وَلَا وَفَّ الْقُنْدِينِ وَالْمَلَاهِي الْمُحَرَّمَةِ ؛ لِحُرْمَةِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا ، وَكَلْبِ نَحْوِ
الْصَّيْدِ ، وَأَحَدِ عَبْدِيهِ وَعَبْدٍ فِي ذِمَّتِهِ أَوْ ذِمَّةٍ غَيْرِهِ . نَعَمْ ؛ يَدْخُلُ الْحَمْلُ فِي وَقْفِ أُمِّهِ وَمَنْفَعَةِ دُونَ
عَيْنِ

قوله : (فالتحقا بالحرائر) أي : فكأنهما حران ، ووقف الحر لا يصح ؛ لأن رقبته غير
مملوكة ، وكما لا يهب نفسه .

قوله : (ولا وقف النقدين) أي : كما لا تصح إجارتهما .
نعم ؛ يصح وقفهما ليصاغ منهما حلي كما في « التحفة » قياساً على الجحش الصغير
ونحوه^(١) .

قوله : (والملاهي المحرمة) أي : كالطنبور والمزمار .
قوله : (لحرمه الانتفاع بها) أي : فهي كالمعدومة .
قوله : (وكلب نحو الصيد) أي : لأنه لا يملك .
قوله : (وأحد عبديه) أي : كما لا يصح بيعه ، ولعدم تعيينه ، وفارق العتق بأنه أقوى وأنفذ ؛
لسرايته وقبوله التعليق .

قوله : (وعبد في ذمته أو ذمة غيره) أي : كأن يكون له في ذمة غيره عبد بسلم أو غيره . . فلا
يصح وقفه ؛ إذ لا ملك ، والوقف إزالة ملك عن عين .
نعم ؛ يصح وقفه بالتزام نذر في ذمة الناذر ؛ كقوله : لله عليّ وقف عبد ، ثم يعينه بعد ذلك ،
ومثل العبد غيره كما هو ظاهر .

قوله : (نعم ؛ يدخل الحمل في وقف أمه) انظر موقع هذا الاستدراك ، وعبرة « الأسنى » :
(ولا يصح وقف الحمل وإن صح عتقه .
نعم ؛ إن وقف الحامل . . صح فيه تبعاً لأمه) انتهى^(٢) ، فلعل في عبارة الشارح هنا سقطاً ،
فحرر .

قوله : (ومنفعة دون عين) أي : لانتفاء الرقبة ، وحكمته : أن الوقف يستدعي أصلاً يحبس
ليستوفى منفعته على ممر الزمان ؛ لأن الوقف يشبه التحرير ، وملك المنفعة لا يفيد ولاية التحرير .
« أسنى »^(٣) .

(١) تحفة المحتاج (٢٣٧/٦) .

(٢) أسنى المطالب (٤٥٨/٢) .

(٣) أسنى المطالب (٤٥٨/٢) .

وإن ملكها مؤبداً بوصية . (وَشَرَطُ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ) الْمَعِينُ مفرداً كَانَ أَوْ جماعةً

قوله : (وإن ملكها مؤبداً بوصية) الغاية للتعميم ؛ أي : سواء ملك المنفعة مؤقتاً ؛ كالمستأجر ، أم مؤبداً ؛ كالموصى له بالمنفعة ، ويصح وقف بناء أو غراس في أرض مستأجرة له أو مستعارة ؛ لأنه مملوك يمكن الانتفاع به في الجملة ، فإن قلع البناء أو الغراس . . بقي وقفاً كما كان إن نفع ، وإلا . . فقليل : يصير ملكاً للواقف ، وقيل : للموقوف عليه ، قال السبكي : الوجهان بعيدان ، وينبغي أن الوقف باق بحاله وإن لم ينتفع [به] ؛ إذ عليهما يقتضي جواز بيعه وبيع الوقف ممتنع ، وقال الأسنوي : (والصحيح : غيرها ؛ وهو شراء عقار أو جزء عقاره)^(١) .

قال في « المغني » : (هذا هو الظاهر إن كان الغراس المقلوع ما بقي يصلح إلا للإحراق وصارت آلة البناء لا تصلح له ؛ وإلا . . فكلام السبكي ، وأرش النقص الحاصل بقلع الموقف يسلك به مسلكه فيُشترى به شيء ويوقف على تلك الجهة) هذا^(٢) .

قال في « الفتح » : (فإن قلت : قد صرح الأصوليون بمنع إحداث قول ثالث مبين لكل من القولين قبله - أي : بأن يكون كل من أجزائه لا يقول بها واحد من القولين قبله ، لأنه خارق لاجتماعهما - فكيف ساغ للإسنوي ذلك ؟ قلت : ذاك محله فيما استقر الخلاف فيه ، فلا يحدث إلا مفصل لا يخرج كل من أجزاء تفصيله عن ذلك الخلاف ، وأما ما استنبطه الأصحاب وأبدوا فيه وجهاً . . فلم يستقر الخلاف فيه ، ولكل من أصحاب الوجوه أن يبدي فيه وجهاً وإن خالف الوجوه قبله من كل وجه كما أطبق عليه عملهم وتصرفهم) انتهى ، فليتأمل^(٣) .

قوله : (وشرط الموقوف عليه) أي : وهو الركن الثالث .

قوله : (المعين) أخذ التقييد به من اعتبار إمكان التملك فإنه إنما يعتبر في المعين دون الجهة .

قوله : (مفرداً كان أو جماعة) أي : اثنين فأكثر ، قيل : فالتعبير بالجماعة أولى من تعبير بعضهم بالجمع^(٤) ؛ لشمولها الاثنين ، ورد بمنع ذلك ، بل هما سواء ، وحصول الجماعة بالاثنتين كما مر في بابها اصطلاح يخص ذلك الباب ؛ لصحة الخبر به ، والمراد بالجمع في عبارة ذلك البعض : ما فوق الواحد بقرينة المقابلة ، تدبر .

(١) المهمات (٢٢٦/٧) .

(٢) مغني المحتاج (٤٨٨/٢) .

(٣) فتح الجواد (٦١٤/١) .

(٤) انظر « منهاج الطالبين » (ص ٣١٩) .

(إِمْكَانُ تَمْلِيكِهِ) الموقوف بَأَنْ يَكُونَ موجوداً حَالِ الْوَقْفِ ، أَهْلًا لَتَمْلُكَ الْمَوْقُوفِ مِنْ الْوَاقِفِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي الْمَوْقُوفِ وَإِنْ كَانَ اللَّهُ تَعَالَى إِلَّا أَنَّ الْمَنْفَعَةَ تَنْتَقِلُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . (وَلَا يَصِحُّ) الْوَقْفُ مِنَ الْإِنْسَانِ (عَلَى نَفْسِهِ)

قوله : (إِمْكَانُ تَمْلِيكِهِ الْمَوْقُوفِ) أي : وعدم المعصية وتعيينه ؛ كما أفاده قوله : (المعين) ، وأفهم كلامه : اعتبار بيان المصرف كالمشتري ، ولأن جهالته مبطله فعدم ذكره أولى ، فلا يكفي (وقفت كذا) ، وخالف ما لو قال : أوصيت بثلاثي . فإنه يصح ، ويصرف للفقراء ؛ حملاً على الغالب من أن الوصية لهم ، ولأن الوصية مبنية على المساهلة فتصح بالمجهول والنفس وغيرهما ، بخلاف الوقف ، تدبر .

قوله : (بَأَنْ يَكُونَ موجوداً حَالِ الْوَقْفِ) تصوير لإمكان التملك ، فلا يصح الوقف على ولده وهو لا ولده ، ولا على فقير أولاده ولا فقير فيهم ، قال في « التحفة » : (فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ أَوْ فِيهِمْ فَقِيرٌ . . . صَحَّ وَصَرَفَ لِلْحَادِثِ وَجُودُهُ فِي الْأُولَى أَوْ فَقَرُهُ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لَصَحَّتْهُ عَلَى الْمَعْدُومِ تَبْعاً . . .) إلخ^(١) .

قوله : (أَهْلًا لَتَمْلُكَ الْمَوْقُوفِ مِنَ الْوَاقِفِ) علم منه : أن الوقف على الميت لا يصح ؛ لأنه لا يملك ، وبه صرح الجرجاني ، قال شيخ الإسلام : (واعتبروا إِمْكَانَ تَمْلِكِ الْمَوْقُوفِ لَا مَنْفَعَتَهُ ؛ لِيَدْخُلَ فِي عَدَمِ الصَّحَةِ وَقِفِ الرَّقِيقِ الْمُسْلِمِ وَالْمَصْحَفِ عَلَى الْكَافِرِ)^(٢) .

قوله : (لِأَنَّ الْمَلِكَ فِي الْمَوْقُوفِ . . .) إلخ ، تعليل لاشتراط إِمْكَانِ تَمْلِيكِهِ الْمَوْقُوفِ .

قوله : (وَإِنْ كَانَ اللَّهُ تَعَالَى) أي : كما هو المعتمد ، لا للواقف ولا للموقوف عليه كما سيأتي .

قوله : (إِلَّا أَنَّ الْمَنْفَعَةَ تَنْتَقِلُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ) أي : فهو تملك للمنفعة وإن لم نقل بانتقال ملك العين إلى الموقوف عليه .

قوله : (وَلَا يَصِحُّ) أي : في الأصح كما في « المنهاج »^(٣) ، وقيل : يصح ؛ لأن استحقاق الشيء وقفاً غير استحقاقه ملكاً ، وسيأتي رده .

قوله : (الْوَقْفُ مِنَ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ) أي : ولو بَأَنْ يُوَكَّلَ غَيْرُهُ فِيهِ ، قال في « شرح المنهج » : (وَمِنَ الْوَقْفِ عَلَى نَفْسِهِ أَنْ يَشْرَطَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ ثَمَارِهِ أَوْ يَتَنَفَّعَ بِهِ ، وَأَمَّا قَوْلُ عَثْمَانَ

(١) تحفة المحتاج (٢/٢٤٢) .

(٢) أسنى المطالب (٢/٤٥٩) .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٣١٩) .

لتعذر تملكك ملكه لنفسه ؛ لأنه حاصل ، ويمتنع تحصيل الحاصل . (وَلَا) على (جنين) لعدم صحة تملكه ، بخلاف الوصية ؛ لتعلقها بالاستقبال ، والوقف تسليط في الحال . ومن ثم لم يصح منقطع الأول

رضي الله تعالى عنه في وقفه بئر رومة : « دلوي فيها كدلاء المسلمين »^(١) . . فليس على سبيل الشرط ، بل إخبار بأن للواقف أن يتنفع بوقفه العام ؛ كالصلاة بمسجد وقفه والشرب من بئر وقفها^(٢) .

قوله : (لتعذر تملكك ملكه لنفسه) أي : ولو منفعة ؛ لتعذر لعدم الصحة .

قوله : (لأنه حاصل ويمتنع تحصيل الحاصل) أي : واختلاف الجهة ؛ إذا استحقاقه وفقاً الذي نظر إليه المقابل الذي اختاره جمع لا يقوى على دفع ذلك التعذر ، ومن حيل صحة الوقف على النفس أن يقف على أولاد أبيه ويذكر صفات نفسه فيصح كما قاله جمع متأخرون ، واعتمده ابن الرفعة ، وعمل به في حق نفسه فوقف على الأفعه من بني الرفعة وكان يتناوله ، وخالف فيه الأسنوي وغيره تبعاً للغزالي والخوارزمي فأبطلوه إن انحصرت الصفة فيه ، وإلا . . صح لغيره ، قال السبكي : هو أقرب ؛ لبعده عن قصد الجهة . اهـ من « التحفة »^(٣) .

قوله : (ولا على جنين) أي : ولا يصح الوقف على جنين سواء كان مقصوداً أم تابعاً ، حتى لو كان له أولاد وله جنين عند الوقف . . لم يدخل .

نعم ؛ إن انفصل . . دخل معهم ، إلا أن يكون الواقف قد سمى الموجودين أو ذكر عددهم . . فلا يدخل كما قاله الأذري ، وهو المعتمد .

قوله : (لعدم صحة تملكه) أي : الجنين ؛ لتعذر لعدم صحة الوقف له .

قوله : (بخلاف الوصية) أي : فإنها تصح للجنين الموجود حين الوصية يقيناً ؛ بأن انفصل لدون ستة أشهر من الوصية ، أو لأربع سنين فأقل ولم تكن المرأة فراشاً .

قوله : (لتعلقها بالاستقبال ، والوقف تسليط في الحال) لتعذر لصحة الوصية للجنين مع إبداء فرق بينها وبين الوقف .

قوله : (ومن ثم) أي : من أجل هذا التعليل .

قوله : (لم يصح منقطع الأول) أي : على المذهب فيما إذا لم ينقطع آخره كما في مثاله ، وأما

(١) أخرجه البخاري في (كتاب المساقاة) ، باب : في الشرب ومن رأى صدقة الماء وهبته ووصيته جائزة ، تعليقاً ، والترمذي (٣٧٠٣) ، والنسائي (٢٣٥/٦) ، وانظر « التلخيص الحبير » (١٩٧٥/٤) .

(٢) فتح الوهاب (٢٥٧/١) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٤٥/٦ - ٢٤٦) .

كوقفتُ على رَجُلٍ ثُمَّ أَلْفَقَرَاءَ ، بخلافٍ مُنْقَطِعِ كَعَلَى زَيْدٍ ثُمَّ رَجُلٍ ثُمَّ أَلْفَقَرَاءَ ، والآخر كَعَلَى زَيْدٍ ثُمَّ رَجُلٍ . . فَإِنَّهُ يَصِحُّ فِيهِمَا ، ويصرفُ عندَ الانْقِطَاعِ لِأَقْرَبِ النَّاسِ رَحِمًا لَا إِرْثًا

منقطع الأول والآخر معاً ؛ كوقفت على من سيولد لي . . فلا خلاف في بطلانه كما صرحوا به .
قوله : (كوقفت على رجل ثم الفقراء) أي : أو على مسجد سيبني ثم على الفقراء ؛ وذلك لتعذر الصرف إليه [حالاً] ، ومن بعده فرعه وإن قلنا : يتلقى من الواقف ، قال في « الفتح » : (والأوجه في وقفته عليه - أي : ولدي مثلاً - : إن سكن مكان كذا ، ثم على الفقراء الصحة ، واحتمال الانقطاع بإعراضه عن السكنى أو عروض مانع منها لا يؤثر)^(١) .

قوله : (بخلاف منقطع الوسط) بفتح السين على الأفصح ، ويجوز فيها الإسكان .
قوله : (كعلى زيد ثم رجل ثم الفقراء) أي : أو على أولادي ثم عبد عمرو ثم الفقراء ، والمراد بـ (الرجل) في كلامه : رجل مبهم ، قال في « التحفة » : (وبه يعلم : أنه لا يضر تردد في وصف أو شرط أو مصرف قامت قرينة قبله أو بعده على تعيينه ؛ لأنه لا يتحقق الانقطاع إلا إن كان الإبهام من كل وجه كما هو واضح ، وكلام الأئمة في فتاويهم صريح في ذلك)^(٢) .

قوله : (والآخر) أي : وبخلاف منقطع الآخر .

قوله : (كعلى زيد ثم رجل) أي : مبهم كما تقرر ولم يزد عليه .

قوله : (فإنه) أي : الرقف .

قوله : (يصح فيهما) أي : منقطع الوسط ومنقطع الآخر ؛ وذلك لوجود المصرف حالاً ومالاً ، ولأن مقصود الوقف القرية على الدوام ؛ فحيث بين مصرفه ابتداء . . سهل إدامته على سبيل الخير ، ومن ثم لا يعود ملكاً إليه ؛ كما لو نذر هدياً إلى مكة فردّه فقراؤها .

قوله : (ويصرف عند الانقطاع) أي : انقراض الموقوف عليه في الصورتين ، لكن محله في منقطع الوسط إن عرف أمد انقطاعه ؛ كدابة وعبد ، فإن لم يعرف ؛ كرجل في مثال الشارح . . صرف بعد موت الأول لمن بعد المتوسط على ما أشار إليه ابن المقري ؛ إذ قال في « إرشاده » : (ولغا مجهول متوسط)^(٣) فهو بعد زيد في المثال للفقراء لا للأقرب ؛ لعدم معرفة أمد الانقطاع ، تأمل .

قوله : (لأقرب الناس رحماً لا إرثاً) أي : فيقدم وجوباً ابن بنت على ابن عم ، ويؤخذ منه :

(١) فتح الجواد (١/٦١٨) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٢٥٤) .

(٣) الإرشاد (ص ١١٦) .

إلى ألقاقف يومئذ . (و) لا على (عبء) نفسه سواء كان للواقف أم لغيره ؛ لأنه ليس أهلاً للملك ،

صحة ما أفتى به أبو زرعة أن المراد بما في كتب الأوقاف ، ثم الأقرب إلى الوقف أو المتوفى قرب الدرجة والرحم لا قرب الإرث والعصوبة ، فلا ترجيح بهما في مستويين القرب من حيث الرحم والدرجة ، ومن ثم قال : لا يرجح عمٌ على خال ، بل هما مستويان ، والمعتبر الفقراء دون الأغنياء منهم ، ولا يفضل نحو الذكر على الأوجه . « تحفة » (١) .

قوله : (إلى الوقف) أي : بنفسه أو بوكيله عن نفسه ، بخلاف الإمام إذا وقف منقطع الآخر . فإنه يصرفه لمصالح المسلمين لا لأقاربه .

قوله : (يومئذ) أي : يوم انقطاع المذكور ؛ وذلك لأن الصدقة على الأقارب أفضل القرب ، فحيث تعذر الرد للوقف . تعين أقربهم إليه ؛ لأن الأقارب مما حث الشارع عليهم في جنس الوقف ؛ فقد قال صلى الله عليه وسلم لأبي طلحة : « أرى أن تجعلها في الأقربين » (٢) فجعلها في أقاربه وبني عمه ، وبه فارق عدم تعيينهم في نحو الزكاة على أن لهذه مصرفاً عينه الشارع ، ومثل ذلك ما لو جهلت أرباب الوقف ؛ بأن وجد وقف له مصرف لكن جهل أهله المستحقون لريعه ؛ لاندراست شرط أو غيره . فيصرف هنا أيضاً للأقرب المذكور .

قوله : (ولا على عبد) أي : ولا يصح الوقف على عبد ولو مدبراً وأم ولد .

قوله : (نفسه) أي : نفس العبد ، قال في « التحفة » : (ويصح على الجزء الحر من المبعوض ، حتى لو وقف بعضه القن على بعضه الحر . صح كالوصية له به) (٣) .

قوله : (سواء كان للوقف أم لغيره) تعميم لعدم الصحة ، فلو أطلق الوقف على العبد : فإن كان له . لم يصح ؛ لأنه يقع للوقف ، وإن كان لغيره . فهو وقف على سيده ؛ كما لو وهب منه أو أوصى له ، ويقبل هو إن شرطناه وإن نهاه سيده عنه دون السيد إن امتنع العبد عن القبول .

قوله : (لأنه ليس أهلاً للملك) تعليل لذلك ، قال في « التحفة » : (ويؤخذ من العلة : أن الأوجه : صحته على المكاتب - أي : مكاتب غيره - كتابة صحيحة ؛ لأنه يملك ، ثم إن لم يقيد بالكتابة . صرف له بعد العتق أيضاً ، وإلا . . انقطع به ، هذا كله إن لم يعجز ، وإلا . . بان

(١) تحفة المحتاج (٦/٢٥٣) .

(٢) أخرجه البخاري (١٤٦١) ، ومسلم (٩٩٨) عن سيدنا أنس رضي الله عنه .

(٣) تحفة المحتاج (٦/٢٤٣) .

نَعَمْ ؛ يَصْحُ عَلَى أَرْقَاءِ نَحْوِ الْكَعْبَةِ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِهِ الْجَهَّةُ ، فَهُوَ كَالْوَقْفِ عَلَى عِلْفِ الدَّوَابِ الْمَوْقُوفَةِ . (وَ) لَا عَلَى (بَهِيمَةٍ) غَيْرِ مَوْقُوفَةٍ سِوَاءٍ أَطْلُقَ أَمْ وَقَفَ عَلَى عِلْفِهَا ؛ لِعَدَمِ أَهْلِيَّتِهَا لِلْمَلِكِ ، فَإِنْ قَصِدَ مَالِكُهَا . فَهُوَ وَقَفٌ عَلَيْهِ ،

بطلانه ؛ لأنه منقطع الأول ، فيرجع عليه بما أخذه من غلته (١) .

قوله : (نعم ؛ يصح) أي : الوقف .

قوله : (على أرقاء نحو الكعبة) أي : على الأرقاء الموقوفين لخدمة الكعبة ونحوها ؛ كقبره صلى الله عليه وسلم وبيت المقدس .

قوله : (لأن القصد به الجهة) أي : والكلام هنا في الوقف على معين ، وبه يعلم : أن الأولى أن يقول : (وإنما صح) بدل (نعم ؛ يصح) تأمل .

قوله : (فهو كالوقف على علف الدواب الموقوفة) أي : المرصدة في سبيل الله . « أسنى » (٢) .

قوله : (ولا على بهيمة غير موقوفة) أي : ولا يصح الوقف على بهيمة مملوكة ، وكذا على جميع الناس على ما قاله الروياني وجزم به في « الفتح » (٣) ، لكن نقل ابن قاسم عن الشهاب الرملي الصحة ، وبحث الرملي اختصاصه بقرائهم والاكتفاء بالصرف إلى ثلاثة من أي بلد أو أرض أو قوم كانوا ، وفيه نظر ، فليتأمل (٤) .

قوله : (سواء أطلق أم وقف على علفها) أي : البهيمة ، خلافاً لمن قال : إن بطلان الوقف عليها ما لم يشترط الصرف في علفها .

قوله : (لعدم أهليتها للملك) أي : بحال ؛ تعليل لعدم الصحة ، وكما لا تصح الهبة لها ولا الوصية .

قوله : (فإن قصد مالكتها) أي : البهيمة .

قوله : (فهو وقف عليه) أي : المالك ، فيصح حيث وجد فيه شروط الصحة ، قال القليوبي : (قضيته : أنه له وإن ماتت الدابة أو باعها ، وأنه بموته يكون منقطع الآخر ، وأنه لا يتعين صرفه في علفها) تأمل (٥) .

(١) تحفة المحتاج (٢٤٣/٦) .

(٢) أسنى المطالب (٤٥٩/٢) .

(٣) فتح الجواد (٦١٥/١) .

(٤) حاشية ابن قاسم على الغرر (٣٩٨/٦) .

(٥) حاشية قليوبي (١٠٠/٣) .

أَمَّا الْمَوْقُوفَةُ . . فيصحُّ الْوَقْفُ عَلَى عَلفِهَا كَمَا تَقَرَّرَ ، وَمِنْ الْبَهِيْمَةِ الْوَحُوشُ وَالطَّيُورُ الْمُبَاحَةُ .
نَعَمْ ؛ يَصِحُّ عَلَى حَمَامِ مَكَّةَ ؛ لِأَنَّ إِطْعَامَهُ مِنْ فُرُوضِ الْكُفَايَاتِ ، فَيَكُونُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ كَهَوِّ عَلَى مَنْ
يَجِبُ لَهُ الْإِطْعَامُ . (وَلَا) عَلَى (مُرْتَدٍّ)

قوله : (أما الموقوفة) أي : أو المرصودة أو المصدقة في سبيل الله ، وهذا مقابل قوله :
(غير الموقوفة) .

قوله : (فيصح الوقف على علفها كما تقرر) أي : قريباً ، قال في « الغرر » : (قياساً على
ما قاله الماوردي والرويانى من أنه يصح الوقف على عمارة الدار إن كانت موقوفة)^(١) أي : لأن
حفظ عمارتها قرينة فهو كالوقف على مسجد أو رباط ، قال بعضهم : (والظاهر : اعتبار القبول من
الموقوف عليه إن كان معيناً)^(٢) .

قوله : (ومن البهيمه الوحوش والطيور المباحة) أي : فلا يصح الوقف عليها كما نقله الشيخان
عن المتولي وأقره ، قال في « التحفة » : (ونوزعاً فيه ؛ ويؤيده ما يأتي : أن الشرط في الجهة عدم
المعصية ، ويجب أن هذه الجهة لا يقصد الوقف عليها عرفاً ، ومن ثمَّ لمَّا قصد حمام مكة بالوقف
عليه عرفاً . كان المعتمد : صحته عليه ، أما المباحة المعينة . . فلا يصح عليها جزماً على نزاع
فيه) انتهى^(٣) ، ونحوه في « النهاية »^(٤) .

قوله : (نعم ؛ يصح على حمام مكة) أي : كما قاله الغزالي واعتمده .

قوله : (لأن إطعامه من فروض الكفايات) تعليل للصحة ، وهو منقول عن ابن الرفعة .

قوله : (فيكون الوقف عليه) أي : على حمام مكة .

قوله : (كهو على من يجب له الإطعام) أي : والوقف عليه صحيح ، قال في « الفتح » :
(وكان الفرق بينه وبين ما قبله : تقيده بمحل مخصوص منه فلزم أهله إطعامه ، بخلاف غيره)^(٥) .

قوله : (ولا على مرتد) أي : ولا يصح الوقف على مرتد . . إلخ ، قال (ع ش) : (وكذا
لا يصح الوقف منه ، لا يقال : إنه موقوف ؛ إن عاد إلى الإسلام . . تبين صحته ، وإلا . . فلا ؛ لأننا
نقول : ذاك إنما هو فيما يقبل التعليق ؛ كالعق والطلاق ، بخلاف ما لا يقبله ؛ كالبيع والوقف فإنه

(١) الغرر البهية (٣٩٧/٦) .

(٢) انظر « حاشية الشرييني على الغرر » (٣٩٧/٦) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٤٤/٦) .

(٤) نهاية المحتاج (٣٦٦/٥) .

(٥) فتح الجواد (٦١٧/١) .

(وَحَرْبِيٍّ) لَأَنْهَمَا لَا دَوَامَ لِهَئِمَّا ، وَالْوَقْفُ صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ ، فَكَمَا لَا يُوقَفُ مَا لَا دَوَامَ لَهُ - كَمَا مَرَّ -
لَا يُوقَفُ عَلَى مَنْ لَا دَوَامَ لَهُ

محكوم ببطلانه من المرتد من أصله ولو عاد إلى الإسلام^(١) .

قوله : (وحربي) أي : ولا يصح الوقف عليه ، خرج به : الذمي فيصح الوقف عليه كما يجوز التصديق عليه ، قال في « التحفة » : (ترددوا في معاهد ومستأمن : هل يلحقان بالذمي كما رجحه الغزي ، أو بالحربي كما جزم به الدميري ؟ وقال غيره : إنه المفهوم من كلامهم)^(٢) ، واعتمد الرملي الأول إن حل بدارنا ما دام فيها ، فإذا رجع . فلمن بعده^(٣) ، قال (سم) : (فلو رجع إليها . فما حكمه ؟)^(٤) ، والظاهر كما أفاده (ع ش) : أن الوقف لا يرجع إليه ؛ إذ مقصود الواقف لم يتناول إلا المدة الأولى^(٥) .

قوله : (لأنهما لا دوام لهما) أي : المرتد والحربي لكونهما مقتولين ، واعترضه العمراني بالزاني المحصن فإنه يصح الوقف عليه مع أنه مقتول^(٦) ، وأشار إلى جوابه في « التحفة » إذ قال فيها : (ويفرق بينهما وبين نحو الزاني المحصن وإن كانا دونه في الإهدار ؛ إذ لا تمكن عصمته بحال بخلافهما بأن في الوقف عليهما منابذة لعز الإسلام ؛ لتما معاندتهما له من كل وجه ، بخلافه)^(٧) ، زاد في « النهاية » : (لا سيما والارتداد ينافي الملك ، والحراة سبب زواله فلا يناسبهما التحصيل)^(٨) ، وعلل السبكي بانتفاء قصد القرية فيمن هو مقتول لكفره ، وبه يحصل الفرق أيضاً ، تأمل .

قوله : (والوقف صدقة جارية) من تنمة التعليل .

قوله : (فكما لا يوقف ما لا دوام له كما مر) أي : من أن شرط الموقوف دوام الانتفاع به دون نحو المأكولات .

قوله : (لا يوقف على من لا دوام له) أي : لا يصح الوقف عليه ، واعترضه ابن الرفعة بأن

(١) حاشية الشبراملسي (٣٦٦/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٤٤/٦) .

(٣) نهاية المحتاج (٣٦٧/٥) .

(٤) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٤٥/٦) .

(٥) حاشية الشبراملسي (٣٦٧/٥) .

(٦) البيان (٦٥/٨) .

(٧) تحفة المحتاج (٢٤٤/٦) .

(٨) نهاية المحتاج (٣٦٦/٥) .

(وَلَا عَلَىٰ جِهَةٍ مَعْصِيَةٍ كِبَاءٌ بَقْعَةٍ لِبَعْضِ الْمَعَاصِي) ككنيسة للتعبّد - ولو من ذمي - وكوقف سلاح على قاطع طريق ؛ لأنّه إعانة على معصية ،

وقف ما لا دوام له لا يبقى له أثر بعد وفاته ، وإذا مات الموقوف عليه أولاً . . انتقل إلى من بعده ، فمقصود الوقف من الدوام حاصل^(١) ، وهو اعتراض قوي ، قال بعضهم : إن كان معنى قوله : (والوقف صدقة جارية . .) إلخ ، أنه كما بطل الوقف لانتفاء الدوام المعتبر في الصدقة الجارية بطل لانتفاء أصل الصدقة ؛ لأنه لا قرينة فيمن هو مقتول لكفره . . اندفع الاعتراض ؛ أي : وحصل الجواب عنه ؛ فكأنه لاحظ فيه ما مر عن السبكي ، فليتأمل^(٢) .

قوله : (ولا على جهة معصية) أي : ولا يصح الوقف على . . إلخ ، ولهذا إشارة إلى قسم آخر للموقوف عليه ؛ لأنه على قسمين : معين واحد أو متعدد ، وقد مر ، والثاني : غير معين ؛ بأن كان جهة ، وشرطه الإباحة الصادقة بالقرينة وغيرها ، ومن ثم : بطل الوقف في جهة معصية وحدها أو مع غيرها .

قوله : (كبناء بقعة لبعض المعاصي) أي : أو حصرها أو قناديلها أو وقف كتب « التوراة » و « الإنجيل » .

قوله : (ككنيسة للتعبّد) أي : أما نحو كنيسة لنزول المارة أو لسكنى قوم منهم دون غيرهم على الأوجه . . فيصح الوقف عليها وعلى نحو حصرها ؛ لانتفاء المعصية ؛ لأنها حينئذ رباط لا كنيسة .
قوله : (ولو من ذمي) أي : ولو كان على الكنيسة من ذمي . . فنبطله إن ترفعوا إلينا وإن أنفذه حاكمهم ، لا ما وقفه قبل المبعث على كنائسهم القديمة فلا نبطله ، بل نقره حيث نقرها .

قوله : (وكوقف سلاح على قاطع طريق) عطف على قول المتن : (كبناء بقعة . .) إلخ .

قوله : (لأنه) أي : الوقف على جهة معصية ؛ فهو تعليل لعدم صحته .

قوله : (إعانة على معصية) أي : والوقف شرع للتقرب فهما متضادان ، وسواء في الكنيسة إنشاؤها وترميمها منعنا الترميم أو لم نمنعه ، ولا يعتبر تقييد بعضهم عدم صحة الوقف على الترميم بمنعه ؛ فقد قال السبكي : إنه وهم فاحش ؛ لاتفاقهم على أن الوقف على الكنائس باطل وإن كانت قديمة قبل البعثة ، فإذا لم نصحح الوقف عليها وعلى حصرها وقناديلها . . فكيف نصححه على ترميمها ؟! تدبر .

(١) كفاية النبيه (١٣/١٢) .

(٢) انظر « حاشية الشربيني على الغرر » (٤٠٠/٦) .

بـخلافه على نحو الأغنياء دون اليهود وسائر الفساق . (وَيُشْتَرَطُ فِيهِ اللَّفْظُ)

قوله : (بخلافه) أي : الوقف .

قوله : (على نحو الأغنياء) أي : فإنه صحيح وإن لم يظهر فيه قصد القرية ؛ كما يجوز بل ويسن الصدقة عليهم ، فالمرعى انتفاء المعصية عن الجهة فقط ؛ نظراً إلى أن الوقف تمليك كالوصية ، ومر في الطيور ما يعلم منه : أنه يشترط في الجهة أيضاً أن تكون مما يقصد الوقف عليه عرفاً ، والمراد بـ (الغني) هنا كما قاله الزبيري : من تحرم عليه الزكاة ، ويحث الأذرعى اعتبار العرف ثم شكك فيه .

قال في « المغني » : (ولو وقف على الأغنياء وادعى شخص أنه غني .. لم يقبل إلا بيينة ، بخلاف ما لو وقف على الفقراء وادعى شخص أنه فقير ولم يعرف له مال .. فيقبل بلا بيينة ؛ نظراً للأصل فيهما ^(١)) .

قوله : (دون اليهود وسائر الفساق) أي : كقطاع الطريق فلا يصح الوقف عليهم ؛ لأنه يتضمن الإعانة على المعصية ، هذا توسط استحسنة الشيخان بعد قولهما : (الأشبه بكلام الأكثرين : صحة الوقف عليهم كالأغنياء) ، وقد اعترضهما جمع محققون بالنقل والمعنى ؛ أما الأول .. فقد نقل عن الماوردي والصيمري والمتولي وغيرهم صحة الوقف على اليهود والنصارى ؛ لأن الصدقة عليهم جائزة .

وأما الثاني .. فقد قال ابن الرفعة : (هو - أي : توسط الشيخين - صحيح بباديء الرأي ، ولكنه ناظر في الأغنياء لقصد التمليك ، وفي أهل الذمة لقصد القرية ، ولحاظ أن يكون معصية ، وهو خلاف قول الأصحاب كافة ، وهو كإحداث قول بعد إجماع الأولين على قولين) انتهى ، وأنت ترى الشارح جزم هنا بذلك ؛ فلعل جوابه عن الاعتراض الأول أن الشيخين لم يتقيدا في الترجيح بما عليه الأكثرين ، بل بقوة المدرك كما أوضحه في « شرح العباب » وعن الثاني بمثل ما نقلته عن « الفتح » قبيل قول المصنف : (وشرط الموقوف عليه ...) إلخ ، فراجع ، ثم رأيت في « المغني » و « الغرر » ما يصرح بأن ما توسطه الشيخان وجه ثالث للأصحاب ^(٢) ، وعليه : فقول ابن الرفعة : (وهو خلاف قول الأصحاب كافة) فيه نظر ، فليتأمل .

قوله : (ويشترط فيه) أي : في الوقف ، وهذا إشارة إلى الركن الرابع ، وهو : الصيغة .

قوله : (اللفظ) أي : فلا يصح الوقف إلا بلفظ من ناطق يشعر بالمراد ؛ كالعق ، بل أولى ؛

(١) مغني المحتاج (٤٩١/٢) .

(٢) مغني المحتاج (٤٩١/٢) ، الغرر البهية (٤٠٧/٦) .

ونحوه ؛ كالكتابة مع النية ، والإشارة المفهمة (من الواقف ، وصريحه : وقفت كذا) أو حبسته ، أو سبلته - وما اشتق منها - وتصدق به إن ضم إليه أحد هذه ونحوها ؛

فإن العتق اشترط فيه اللفظ مع أنه إزالة ملك لا إلى مالك ، ولا باعتبار منفعه ، والوقف إزالة ملك إلى مالك باعتبار المنافع ، وأيضاً : فإن المعتق لم يقل أحد : إنه مملوك ، والموقوف فيه قول أنه مملوك للموقوف عليه .

قوله : (ونحوه ؛ كالكتابة مع النية) أي : من ناطق أو أخرس .

قوله : (والإشارة المفهمة) أي : من أخرس ؛ كالبيع وسائر التمليكات .

قوله : (من الواقف) أي : أو نائبه ، ولا يأتي فيه خلاف المعاطاة ، وفارق نحو البيع بأنها عهدت فيه جاهلية فأمكن تنزيل النص عليها ، ولا كذلك الوقف ، فلو بنى بناء على هيئة مسجد أو مقبرة وأذن في إقامة الصلوات أو الدفن فيه . . لم يخرج بذلك عن ملكه .

نعم ؛ بناء المسجد في الموات تكفي فيه النية ؛ لأنه ليس فيه إخراج الأرض المقصودة بالذات عن ملكه لا حقيقة ولا تقديراً حتى يحتاج إلى لفظ يخرج عنه ، ويزول ملكه عن الآلة باستقرارها في محلها من البناء لا قبله إلا أن يقول : هي للمسجد .

قوله : (وصريحه) أي : لفظ الوقف .

قوله : (وقفت كذا) أي : على كذا ، فإن لم يقله . . لم يصح ؛ لما مر : أنه لا بد في الوقف من بيان المصرف .

قوله : (أو حبسته أو سبلته) إنما كانا صريحين ؛ لاشتهارهما شرعاً وعرفاً في الوقف ، بل قال المتولي : ما نقل عن الصحابة وقف إلا بهما ، ولو قال : اشهدوا علي أنني وقفت كذا . . ثبتت الوقفية إذا ذكر المصرف كما مر في الإقرار .

قوله : (وما اشتق منها) أي : من الوقف والتحبيس والتسبيل ؛ كأرض موقوفة أو محبسة أو مسيلة .

قوله : (وتصدق به) عطف على (وقفت) فهو من الصريح في الأصح بقيد الآتي على الأثر .

قوله : (إن ضم إليه) أي : إلى تصدقت به .

قوله : (أحد هذه) أي : الثلاثة : الوقف ، والتحبيس ، والتسبيل .

قوله : (ونحوها) أي : كالتأيد والتحريم ، أو حكم من أحكام الوقف كعدم البيع ، قال ابن خيران في « اللطيف » : لو قال : صدقة . . لم يتم الوقف حتى يضيف إلى هذه الكلمة إحدى عشرة

كصدقة محبسة ، أو محرمة ، أو مؤبدة ، أو لا تباع ، أو لا توهب

لفظة ؛ بأن يقول : هذه صدقة محرمة ، أو صدقة مؤبدة ، أو صدقة لا توهب ، أو صدقة لا تورث ، أو صدقة غير مورثة ، أو صدقة مسبلة ، أو صدقة حبس ، أو يقول : حبس محرم ، أو صدقة موقوفة ، أو صدقة ثابتة ، أو صدقة بثلة ، نقله في « حاشية الروض »^(١) .

قوله : (كصدقة محبسة) أي : كأن يقول تصدقت بكذا صدقة محبسة ، وهكذا يقدر فيما يأتي ، وصدقة مسبلة ، وكذا : صدقة موقوفة في الأصح كما في « المنهاج »^(٢) ، واستشكل السبكي حكاية الخلاف فيها مع جزمه أولاً بصراحة أرضي موقوفة ، فكيف إذا اجتمعت مع غيرها يجيء الخلاف فضلاً عن قوته ، قال : ولولا وثوقي بخط المصنف و « المنهاج » عندي بخطه لكن أتوهم أن مكان (موقوفة) مؤبدة كما ذكره أكثر الأصحاب تبعاً للشافعي ؟ وأجاب في « التحفة » بأن موقوفة في الأولى وقعت مقصودة - أي : عمدة - وفي الثانية وقعت تابعة - أي : فضلة - فضعت صراحتهما ، تأمل^(٣) .

قوله : (أو محرمة أو مؤبدة) أي : وكذا صدقة جارية على كذا ، فإن قيل : لفظ التحريم والتأييد كناية كما سيأتي ، والقاعدة : أنها إذا انضمت من الألفاظ ما يدل على المراد ؛ كقوله : (أنت بائن بينونة محرمة لا تحلي لي أبداً) لا تخرج عن كونها كناية فهلاً كان هذا كالطلاق ؟ فالجواب : أن صرائح الطلاق محصورة ، بخلاف الوقف ، وبأن قوله : (بينونة محرمة لا تحلي لي أبداً) غير مختص بالطلاق ، بل يدخل فيه الفسوخ ، والزائد في ألفاظ الوقف يختص بالوقف ، وبأن قوله : (تصدقت) يقتضي زوال الملك ، وله محملان : محمل الصدقة التي تحتل الملك ، ومحمل الصدقة التي هي الوقف ، فالزائد يعين المحمل الثاني ، بخلاف الطلاق . انتهى « مغني »^(٤) .

قوله : (أو لا تباع أو لا توهب) أي : أو لا تورث كما بحثه السبكي ، قال في « الغرر » : (وأفهم تعبيره بـ « أو » الاكتفاء بأحد الوصفين ، وهو ما رجحه الروياني وغيره ، وجزم به ابن الرفعة ، فالجمع بينهما في الخبر السابق وكلام « الحاوي » و « المنهاج » وغيرهما يحمل على التأكيد بقرينة المعنى . انتهى) ، ومثله في « التحفة » وغيرها^(٥) .

(١) حواشي الرملي على شرح لروض (٤٦٢ / ٢) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٣٢٠) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٥٠ / ٦) .

(٤) مغني المحتاج (٤٩٣ / ٢) .

(٥) الغرر البهية (٣٨٨ / ٦) . تحفة المحتاج (٢٥٠ / ٦) .

وكنايته نحو : حرمت هذه للفقراء ، أو أبدتها ، أو تصدقت به ؛ إن عم ؛ كتصدقت به على الفقراء ، فإن قال : على فلان ، أو جماعة .. ملكوه ؛ لأنه حينئذ صريح في التملك المحض ، ولا يكون كناية في الوقف

قوله : (وكنايته) أي : الوقف عطف على قول المتن : (فصريحه ...) إلخ ؛ وهي ما يحتمل الوقف وغيره ، وجميع ما مر من الألفاظ صرائح لا تحتمل غير الوقف وإن اشتملت على أمر غريب ؛ وهو انقسام الصريح إلى ما هو صريح بنفسه ؛ وهي الثلاثة الأول وما اشتق منها ، وإلى ما هو صريح بغيره ؛ وهو (تصدقت به) مع ما انضم إليه ؛ لأن لفظ التصديق مع تلك القرائن لا يحتمل غير الوقف ، ولذا : كان صريحاً بغيره ، تأمل .

قوله : (نحو : حرمت هذه للفقراء أو أبدتها) أي : أو داري محرمة أو مؤبدة لهم ، وإنما لم يكونا صريحين ؛ لأن التحريم والتأبيد لا يستعملان مستقلين ، وإنما يؤكد بهما شيء من الألفاظ المتقدمة ، وأتى بـ (أو) لثلايوهم أن أحدهما غير كناية .

قوله : (أو تصدقت به إن عم) أي : بأن يضيفه إلى جهة عامة .

قوله : (كتصدقت به على الفقراء) أي : فإذا نوى به الوقف .. صح ، وإنما كان هذا كناية ؛ لأنه حينئذ غير صريح في التملك المحض .

قوله : (فإن قال ...) إلخ ، محترز قوله : (إن عم به) .

قوله : (على فلان أو جماعة) أي : تصدقت بهذا على فلان أو جماعة معينين .

قوله : (ملكوه) جواب (فإن ...) إلخ .

قوله : (لأنه حينئذ صريح في التملك المحض) أي : بلا عوض ، فهو صريح الصدقة التي هي من أنواع الهبة الآتية .

قوله : (ولا يكون كناية في الوقف) أي : لقاعدة : ما كان صريحاً [في بابه] ووجد نفاذاً في موضوعه ... إلخ ، قال في « التحفة » : (ونقل الزركشي عن جمع : أنه متى نوى به الوقف .. كان وقفاً فيما بينه وبين الله تعالى)^(١) واعتمده (ع ش)^(٢) ، فكان هذا مستثنى من القاعدة المذكورة ؛ لتوسعهم في الوقف كالعق .

ولو قال : (جعلت هذا المكان مسجداً) .. صار به مسجداً على المعتمد وإن لم يقل : (لله) ولم يأت بشيء من الألفاظ السابقة ؛ لإشعاره بالمقصود واشتغاره فيه .

(١) تحفة المحتاج (٢٥١/٦) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٣٧٢/٥) .

(وَيُشْتَرَطُ قَبُولُ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ) بشروطه السابقة في البيع ، وإنما يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ (إِنْ كَانَ مُعَيَّنًا) لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ ، هذا ما في « المنهاج » كـ « أصله » ، وألَّذِي فِي « الرُّوضَةِ » - وأطالوا في الاستدلال له -

قال في « التحفة » : (و « وقفته للاعتكاف » صريح في المسجدية كما هو ظاهر و « للصلاة » صريح في مطلق الوقفية ، وقوله : « للصلاة » كناية في المسجدية ؛ فإن نواها . . صار مسجداً ، وإلا . . صار وقفاً على الصلاة وإن لم يكن مسجداً كالمدرسه)^(١) .
قوله : (ويشترط) أي : لصحة الوقف .

قوله : (قبول الموقوف عليه) أي : بنفسه إن كان أهلاً له ، وإلا . . فوليه ، فلو لم يقبل الولي . . بطل الوقف سواء كان الواقف الولي أم غيره ، ومن لا ولي له خاص . . فوليه القاضي .
قوله : (بشروطه السابقة في البيع) أي : ككونه على وفق الإيجاب وعدم التعليق واتصاله به ، قال في « المغني » : (ولا يشترط القبض على المذهب)^(٢) .
قوله : (وإنما يشترط قبوله) أي : الموقوف عليه .

قوله : (إن كان معيناً) أي : واحداً أو جماعة ، فلو وقف على جمع فقبل بعضهم دون البعض . . بطل فيما يخص من لم يقبل ؛ عملاً بتفريق الصفقة . (ع ش)^(٣) .
قوله : (لأنه تملك) أي : ودخول عين أو منفعة في ملكه قهراً بغير الإرث . . بعيد ، كذا في « النهاية »^(٤) .

قوله : (هذا) أي : اشتراط قبول الموقوف عليه المعين .
قوله : (ما في « المنهاج » كـ « أصله ») أي : « المحرر » وكذا « الروض » و « الإرشاد » و « البهجة »^(٥) ، قال في « المغني » و « النهاية » : (وهو الذي قاله الجوري والفوراني ، وصححه الإمام وأتباعه ، وعزاه الرافعي في « الشرحين » للإمام وآخرين ، ونقله في زيادة « الروضة » عنه مقتصرأ عليه ، وهو المعتمد)^(٦) .

قوله : (والذي في « الروضة ») أي : في (باب السرقة) منها .
قوله : (وأطالوا في الاستدلال له) أي : فقد قال جمع : إنه ظاهر نصوص الشافعي رضي الله

(١) تحفة المحتاج (٢٥١/٦) .

(٢) مغني المحتاج (٤٩٤/٢) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٣٧٢/٥) .

(٤) نهاية المحتاج (٣٧٣/٥) .

(٥) المحرر (ص ٢٤١) ، أسنى المطالب (٤٥٩/٢) ، الإرشاد (ص ١١٦) ، بهجة الحاوي (١٢٨/٢٣) .

(٦) مغني المحتاج (٤٩٣/٢) ، نهاية المحتاج (٣٧٢/٥) .

أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ إِلَّا عَدَمُ الرَّدِّ ، ومحلُّ الْخِلَافِ فِي الْبَطْنِ الْأَوَّلِ فَمَنْ بَعْدَهُمُ الشَّرْطُ فِيهِ عَدَمُ الرَّدِّ حَتَّى عَلَى مَا فِي « الْمَنْهَاجِ » ،

تعالى عنه في غير موضع ، واختاره الشيخ أبو حامد وسليم والماوردي وغيرهم ، وجري عليه في « المنهج » ، بل قال في « شرحه » : (إنه المنقول عن الأكثرين ، ونقله في « شرح الوسيط » عن نص الشافعي ، وقال الأزرعي وغيره : إنه المذهب) انتهى^(١) ، ونحوه في « التحفة » و « الفتح »^(٢) . قوله : (أنه لا يشترط إلا عدم الرد) أي : ولا يشترط قبوله لفظاً ؛ نظراً إلى أنه بالقرب أشبه منه بالعقود ، وقال المتولي : محل الخلاف إن قلنا : إنه للموقوف عليه ، أما إذا قلنا : إنه لله تعالى . . فهو كالإعتاق ، واعتراض بأن الإعتاق لا يرتد بالرد ولا يبطله الشرط الفاسد ، ويرد بأن التشبيه به في حكم لا يقتضي لحوقه به في غيره . انتهى من « التحفة »^(٣) .

قوله : (ومحل الخلاف) أي : في وجوب القبول وعدمه .

قوله : (في البطن الأول) أي : من الموقوف عليهم المعينين .

قوله : (فمن بعدهم) أي : من البطن الثاني والثالث وهكذا .

قوله : (الشرط فيه عدم الرد) أي : لا قبولهم ؛ لأن استحقاقهم لا يتصل بالإيجاب ، فإن ردوا . . فمنقطع الوسط ، أو رد^(٤) الأول . . بطل الوقف كالوصية .

نعم ؛ لو وقف على وارثه الحائز ما يخرج من الثلث . . لزم ولم يبطل برده ؛ لأن القصد من الوقف دوام الأجر فلم يملك الوارث رده عليه فيه ، ولأنه يملك إخراج الثلث عن الوارث بالكلية فوقفه عليه أولى ، تأمل .

قوله : (حتى على ما في « المنهج ») أي : كما رجحه جمع متأخرون كالسبكي ، إذ قال : الذي يتحصل من كلام الشافعي والأصحاب : أنه لا يشترط وإن شرطنا قبول البطن الأول ، وأنه يرتد بردهم كما يرتد [برد] الأول على الصحيح فيهما ، وأيده البلقيني فقال : لا يبعد أن يرجع عدم الاشتراط وإن قلنا بالتلقي من الواقف ؛ لأنهم خلفاء عن المتسحقين أولاً ، وقد تم الوقف أولاً فلا حاجة إلى قبول ثانٍ ، قال شيخ « الإسلام » : (وهذا أولى مما استحسنة الرافعي)^(٥) أي : من بناء

(١) فتح الوهاب (١/٢٥٧) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٢٥١) ، فتح الجواد (١/٦١٦) .

(٣) تحفة المحتاج (٦/٢٥١) .

(٤) في الأصل : (ردوا) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٥) أسنى المطالب (٢/٤٦٣) .

ومن رجع بعد الرد لا يعود إليه ولو قبل حكم الحاكم به لغيره . وخرج به (المعین) : أوقف على جهة عامة ، أو نحو مسجد ، فلا يشترط فيه القبول - على ما قاله في « المنهاج » - لتعذر

ذلك على كيفية تلقيهم الوقف ؛ إذ لا معنى للقبول مع عدم الاتصال ، تأمل .

قوله : (ومن رجع بعد الرد) أي : سواء البطن الأول ومن بعده .

قوله : (لا يعود إليه) أي : لبطان حقه بالرد سواء شرطنا القبول أم لا ؛ كالوصية ، وعلم منه : أنه لو رد بعد قبوله . . لم يؤثر ، قال في « التحفة » : (ويظهر : أنه لا أثر هنا لرد من بعد الأول قبل دخول وقت استحقاقه ؛ كرد الوصية في حياة الموصي)^(١) .

قوله : (ولو قبل حكم الحاكم به لغيره) أي : على الأوجه ، قال في « الأسنى » و « المغني » : (وقول الروياني : يعود له إن رجع قبل حكم الحاكم به لغيره . . مردود كما بينه الأذري)^(٢) .

قوله : (وخرج بالمعين) محترز قول المتن : (إن كان معيناً) .

قوله : (الوقف على جهة عامة) أي : كالفقراء وطلبة العلم ، قال القليوبي : (وإن انحصرت)^(٣) .

قوله : (أو نحو مسجد) أي : كرباط ومدرسة من كل جهة كالنحرير^(٤) .

قوله : (فلا يشترط فيه القبول) أي : جزماً كما في « التحفة » وغيرها^(٥) ، قال الزركشي : (وسكتوا عما إذا كان الموقوف عليه موصوفاً بصفة ؛ كالأرشد من بني فلان ، وينبغي ألا يشترط القبول قطعاً ؛ كالجبهة العامة) نقله في « حاشية الروض » وأقره^(٦) .

قوله : (على ما قاله في « المنهاج ») الصواب : حذفه ؛ إذ ليس فيه التصريح بذلك ، على أن هذا الصنيع يقتضي تضعيفه ، وأن المعتمد : خلافه ، وليس كذلك كما تقرر عن « التحفة » وغيرها .

قوله : (لتعذر) أي : القبول من الموقوف عليه ؛ تعليل لعدم اشتراطه ، قال الرافعي : (لم يجعلوا الحاكم نائباً في القبول كما جعلوه نائباً عن المسلمين في استيفاء القود والأموال ، ولو صاروا إليه . . لكان قريباً) ، وأجيب بأن تلك نيابة في الاستيفاء والحفظ وللإمام ولاية على أهل الرشد

(١) تحفة المحتاج (٢٥٢/٦) .

(٢) أسنى المطالب (٤٦٣/٢) ، مغني المحتاج (٤٩٤/٢) .

(٣) حاشية قليوبي (١٠١/٣) .

(٤) في الأصل : (النحرير) . ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٥) تحفة المحتاج (٢٥٢/٦) .

(٦) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٦٣/٢) .

(وَلَا يَصِحُّ تَوْقِيتُ الْوَقْفِ) كَوَقَفْتُ دَارِي سَنَةً قِيَاساً عَلَى الْهَبَةِ . نَعَمْ ؛ إِنْ عَقَبَهُ لِمَصْرَفٍ آخَرَ كَقَوْلِهِ :
ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ .. صَحَّ ، ثُمَّ مَحَلُّ هَذَا فِيمَا لَا يُضَاهِي التَّحْرِيرَ ، وَإِلَّا كَجَعَلْتُهُ مَسْجِداً سَنَةً ..

فيه ، وهنا في التملك وليس للإمام هذه الولاية عليهم ، وبأن استيفاء ما ذكر لا بد له من مباشر ؛
فلذلك جعل نائباً فيه ، بخلاف هذا . « شرح الروض »^(١) .

قوله : (وَلَا يَصِحُّ تَوْقِيتُ الْوَقْفِ) لما تمم الكلام على أركانه الأربعة .. شرع في ذكر بعض
شروطه ، وهي أربعة أيضاً : التأيد ، والتنجز ، وبيان المصروف ، والإلزام ، فلا يصح توقيته كما
ذكره ، ولا تعليقه كما سيأتي ، ولا ما إذا اقتصر على (وقفت) كما مرت الإشارة إليه ، ولا بشرط
[الخيار] فيه أو الرجوع مثلاً .

قوله : (كَوَقَفْتُ دَارِي سَنَةً) أي : على أولادي مثلاً .

قوله : (قِيَاساً عَلَى الْهَبَةِ) أي : بجامع أن وضع كل على التأيد ، وعلم من التمثيل : أن المضر
إنما هو التأقيت الصريح ، أما التأقيت الضمني ؛ كَوَقَفْتُ عَلَى أولادي ولم يزد عليه .. فلا يضر كما
مر في المنقطع الآخر ، ومنه : وقف المدبر والمعلق عتقه بصفة فإنه صحيح وإن بطل الوقف بعد
موت السيد ووجود الصفة .

قوله : (نَعَمْ ؛ إِنْ عَقَبَهُ لِمَصْرَفٍ آخَرَ ..) إلخ ، استدراك على عدم صحة توقيت الوقف .

قوله : (كَقَوْلِهِ : ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ) أي : كَقَوْلِهِ : وقفت داري على أولادي سنة ثم على الفقراء
أو إلا أن يلد لي ولد .

قوله : (صَحَّ) أي : الوقف ، ولكن هذا تعليق للاستحقاق لا للوقف ، وروعي فيه شرط
الواقف .

قوله : (ثُمَّ مَحَلُّ هَذَا) أي : عدم صحة توقيته .

قوله : (فِيمَا لَا يُضَاهِي التَّحْرِيرَ) أي : لا يشابه التحرير ؛ كالمثال المذكور .

قوله : (وَإِلَّا) أي : بأن شابه التحرير في أنه إخراج عن ملكه لا إلى مالك ولو باعتبار المنافع ،
بخلاف بعض صور الوقف التي لم تشابه التحرير ؛ لكون المنافع مملوكة للموقوف عليه ؛ كما لو
وقف داراً له على شخص . جمل عن شيخه^(٢) .

قوله : (كَجَعَلْتُهُ مَسْجِداً سَنَةً) مثل المسجد : الرباط والمقبرة .

(١) أسنى المطالب (٤٦٣/٢) .

(٢) فتوحات الوهاب (٥٨٢/٣) .

صَحَّ مُؤَبِّدًا ، كَمَا لو ذَكَرَ فِيهِ شَرْطًا فَاسِدًا ، وَفِيمَا إِذَا لَمْ يُؤَبِّدْهُ بِمَا يَبْعُدُ بَقَاءُ الدُّنْيَا إِلَيْهِ ، وَإِلَّا ؛
كـ (وَقَفَّتُهُ عَلَى أَلْفَقَرَاءٍ أَلْفَ سَنَةٍ) .. صَحَّ . (وَلَا تَعْلِيْقُهُ) كَوَقَفَّتُهُ إِذَا جَاءَ فُلَانٌ كَالْهَبَةِ ،

قوله : (صح مؤبداً) أي : ويلغو ذكر السنة .

قوله : (كما لو ذكر فيه شرطاً فاسداً) أي : كما قاله الإمام وتبعه غيره ؛ أي : وهو لا يفسد بالشرط الفاسد ، كذا في « المغني »^(١) ، قال ابن قاسم : (قضية ذلك : استثناء ما يضاهي التحرير أيضاً في عدم الصحة بشرط البيع مثلاً)^(٢) .

قوله : (وفيما إذا لم يؤبده بما يبعد . . .) إلخ ؛ أي : ومحل عدم صحة التأقيت أيضاً فيما إذا لم . . . إلخ ، فهو معطوف على قوله : (فيما لا يضاهي التحرير) ، ولكن الأنسب أن يقول : وفيما إذا لم يؤقته وإن كان المآل واحداً ، تدبر .

قوله : (وإلا) أي : بأن أقته بما يبعد بقاء الدنيا إليه .

قوله : (كوقفته على الفقراء ألف سنة) أي : أو أكثر منها .

قوله : (صح) أي : الوقف ، ولا أثر للتأقيت وإن كان صريحاً ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (لأن القصد منه التأييد لا حقيقة التأقيت)^(٣) ، قال (ع ش) : (قد يشكل على هذا ما قالوه في البيع والنكاح من عدم الصحة فيهما ، إلا أن يقال : الوقف لكون المقصود منه القربة المحضة نظروا لما يقصد من اللفظ دون مدلوله) تأمل^(٤) .

قوله : (ولا تعليقه) أي : ولا يصح تعليق الوقف على شرط .

قوله : (كوقفته إذا جاء فلان) أي : أو : إذا جاء رأس الشهر ، أو : إذا جاء فلان . . فداري وقف ، أو : فقد وقفتها .

قوله : (كالهبة) أي : والبيع ؛ بجامع أن كلاهما عقد يقتضي نقل الملك في الحال لم يبين على التغلب والسراية فلم يصح تعليقه على شرط ، ولو قال : وقفته على من شئت أو فيما شئت وكان قد عين له ما شاء أو من يشأ عند وقفه . . صح وأخذ ببيانه ، وإلا . . فلا يصح ؛ للجهالة ، ولو قال : وقفته فيما شاء الله . . كان باطلاً ؛ لأنه لا يعلم مشيئة الله تعالى . انتهى من « المغني »^(٥) .

(١) مغني المحتاج (٤٩٦/٢) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٥٢/٦ - ٢٥٣) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٥٣/٦) ، نهاية المحتاج (٣٧٣/٥) .

(٤) حاشية الشبرايملي (٣٧٣/٥) .

(٥) مغني المحتاج (٤٩٦/٢) .

ونحو : جعلته مسجداً إذا جاء رمضان.. صحيح ، نظير ما مرّ ، وكذا لا يضرُّ التعلُّقُ بالموتِ كداري وقفٌ على ألقراء بعد موتي ، فيكونُ وقفاً بعد موتِهِ

قوله : (ونحو : جعلته مسجداً إذا جاء رمضان.. صحيح) أي : كما نقلوه عن بحث ابن الرفعة وأقروه^(١) .

قوله : (نظير ما مر) أي : في التأقيت ؛ لأنه حينئذ كالعتق ، قال الحلبي : (هل يصير مسجداً من الآن ، أو لا بد من وجود الصفة أخذاً من التشبيه ؟ قرر شيخنا الزيايدي الثاني) .

قوله : (وكذا لا يضر التعلُّق بالموت) أي : تعلُّق الوقف به ، وأفهم كلامه : أنه لا يضر تعلُّق الصرف فقط ؛ كقوله : وقفته على فلان ولا يصرف إليه إلا أول شهر رمضان مثلاً ، قال في « الفتح » : (وهو متجه ، وفارق « وقفته على الفقراء على ألا يصرف إليهم من ربيع السنة الأولى » فإنه باطل ؛ لأنه منقطع الأول بأن الوقف في مسألتنا نجز ، وإنما شرط لصرف جميع ريعه في وقت معلوم ، وقد يكون له فيه غرض ؛ لشدة حاجة أو كمال رشد ، بخلافه في تلك ؛ فإنه منع صرف ربيع السنة الأولى بالكلية بقوله : « على... » إلخ ، فأثر الشرط في صحة الوقف فلم يكن له مستحق فكان منقطع الأول) تأمل^(٢) .

قوله : (كداري وقف على الفقراء بعد موتي) أي : أو وقفت داري عليهم بعد موتي ، قال السبكي : والأظهر : صحته أيضاً فيما لو قال : إذا مت.. فداري وقف ، أو فقد وقفت داري ؛ إذ المعنى : فاعلموا أنني قد وقفته بعد الموت ، بخلاف ما لو قال : إذا مت وقفته ، والفرق : أن الأول إنشاء تعلُّق ، وهو صحيح ، والثاني تعلُّق إنشاء ، وهو باطل لا يقع به شيء ؛ فإنه وعد محض . انتهى ، نقله في « الغرر » و« التحفة »^(٣) .

قوله : (فيكون وقفاً بعد موته) أي : كما أفتى به الأستاذ أبو إسحاق وساعده أئمة الزمان ، إلا إمام الحرمين فإنه نازعه بأن هذا تعلُّق ، بل زائد عليه ؛ لأنه إيقاع تصرف بعد الموت^(٤) ، لكن رده السبكي بأن الذي نص عليه الشافعي والأصحاب صحة الوقف كما أفتى به الأستاذ ، وقول الإمام : (إنه تعلُّق) صحيح ، لكن التعلُّق بالموت في التمليكات يصح وصية فالوقف أولى ، وقوله : (بل زائد عليه...) إلخ يقال له : الوصية والتدبير كذلك ، فإن كانا إيقاع تصرف بعد الموت.. فهذا

(١) كفاية النبيه (٣٩/١٢) .

(٢) فتح الجواد (٦١٧/١) .

(٣) الغرر الهية (٤١٠/٦) ، تحفة المحتاج (٢٥٥/٦) .

(٤) نهاية المطلب (٣٥٧/٨) .

مُنْزَلاً مَنْزِلَةَ الْوَصِيَّةِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ .

(فَضْلٌ)

(وَالْوَقْفُ) أَي : الْمَوْقُوفُ

مثله ، أو قبله وهو الحق . . فكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ التَّعْلِيْقَ عِنْدَنَا تَصَرُّفٌ نَاجِزٌ وَأَثَرُهُ يَقَعُ عِنْدَ وَجُودِ الصِّفَةِ ، تَأْمَلُ .

قوله : (مَنْزَلاً مَنْزِلَةَ الْوَصِيَّةِ) أَي : فَقَدْ قَالَ الشَّيْخَانِ : وَهَذَا كَأَنَّهُ وَصِيَّةٌ ؛ لِقَوْلِ الْقِفَالِ : لَوْ عَرَضَهَا عَلَى الْبَيْعِ . . كَانَ رَجُوعاً .

قوله : (فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ) أَي : وَلَوْ بَنَحُو عَرْضَهُ عَلَى الْبَيْعِ كَمَا تَقَرَّرُ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدَبِّرِ : أَنَّ الْحَقَّ الْمَتَّعِلِقَ بِهِ وَهُوَ الْعَتَقُ أَقْوَى فَلَمْ يَجْزِ الرُّجُوعُ عَنْهُ إِلَّا بَنَحُو الْبَيْعِ دُونَ الْعَرْضِ عَلَيْهِ .
والْحَاصِلُ كَمَا نَقَلَهُ الرَّشِيدِيُّ عَنِ الرَّمْلِيِّ : أَنَّهُ يَصَحُّ وَيَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمُ الْوَصَايَا فِي اعْتِبَارِهِ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَفِي جَوَازِ الرُّجُوعِ عَنْهُ ، وَفِي عَدَمِ صَرْفِهِ لِلْوَارِثِ ، وَحُكْمِ الْأَوْقَافِ بَعْدَ مَوْتِهِ فِي تَأْيِيدِهِ ، وَعَدَمِ بَيْعِهِ وَهَبْتِهِ وَإِثْرِهِ^(١) ، وَاللَّهُ سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ .

* * *

قوله : (فَضْلٌ) أَي : فِي بَيَانِ بَعْضِ أَحْكَامِ الْوَقْفِ الْمَعْنُويَةِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَحْكَامَهُ اللَّفْظِيَّةَ ، وَهِيَ كَثِيرَةٌ ، وَالْأَصْلُ فِيهَا : أَنَّ شُرُوطَ الْوَاقِفِ مَرْعِيَّةٌ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَا يَنَافِي الْوَقْفَ ، فَإِذَا تَلَفَظَ الْوَاقِفُ فِي صِيْغَةِ وَقْفِهِ بِحَرْفٍ عَطْفٍ يَقْتَضِي تَشْرِيْكَاً أَوْ تَرْتِيباً . . عَمِلَ بِهِ ، وَلِذَا قَالَ فِي « الْمَنْهَجِ » : (الْوَاقِفُ لِلتَّسْوِيَةِ ؛ كَوَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، وَإِنْ زَادَ : مَا تَنَاسَلُوا أَوْ بَطْنٌ بَعْدَ بَطْنٍ ، وَثُمَّ الْأَعْلَى فَلَأَعْلَى وَالْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ لِلتَّرْتِيبِ . . .) إلخ^(٢) .

وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ أَنَّ زِيَادَةَ بَطْنٍ بَعْدَ بَطْنٍ لَا يَفِيدُ التَّرْتِيبَ هُوَ الْمَعْتَمَدُ الَّذِي صَحَّحَهُ الشَّيْخَانِ ؛ قَالَ فِي « الْفَتْحِ » : (لِأَنَّ « بَعْدَ ») مَتَرَاخِيَةٌ فِي التَّرْتِيبِ عَنْ نَحْوِ الْفَاءِ فَلَمْ تَقْوِ عَلَى رَفْعِ الْجَمْعِ الْمَفَادِ أَوَّلًا ، فَمَعْنَاهَا : الدَّلَالَةُ عَلَى اسْتِحْقَاقِ الْبَطْنِ بَعْدَ مَا قَبْلَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَنْقَرُضْ مَا قَبْلَهُ . . فَهِيَ لِتَعْمِيمِ اسْتِحْقَاقٍ مِنْ وَجَدَ [لَا] لِتَقْيِيدِهِ بِوُجُودِهِ مُنْفَرِداً بَعْدَ الَّذِي قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا قَدَرُ زَائِدٍ عَلَى مَفَادِهَا) تَأْمَلُ^(٣) .

قوله : (وَالْوَقْفُ ؛ أَي : الْمَوْقُوفُ) أَي : رَقَبَةُ الْمَوْقُوفِ سِوَاءِ كَانَ عَلَى مَعِينٍ أَمْ عَلَى جِهَةٍ .

(١) حاشية الرشيدى (٣٧٨/٥ - ٣٧٩) .

(٢) فتح الوهاب (٢٥٨/١) .

(٣) فتح الجواد (٦٢٠/١) .

(مِلْكُ اللَّهِ تَعَالَى) أَي : يَنْتَقِلُ مِلْكُهُ إِلَيْهِ ، بِمَعْنَى أَنَّهُ يَنْفَكُ عَنْ اخْتِصَاصِ الْآدَمِيِّ كَالْعَتَقِ فَلَا يَمْلِكُهُ الْوَاقِفُ وَلَا الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، أَمَّا رِيعُهُ .. فَهُوَ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ،

قوله : (ملك لله تعالى ؛ أي : ينتقل ملكه إليه) هذا هو الأظهر كما في « المنهاج »^(١) .
قوله : (بمعنى : أنه ينفك عن اختصاص آدمي) أي : عن غيره من الخلق ، وهذا بيان للمراد من الانتقال إليه تعالى ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (وإلا .. فجميع الموجودات ملك له تعالى في الحقيقة ، وغيره إن سمي مالكا فإنما هو بطريق التوسع)^(٢) .

قال (ع ش) : (أي : والمالك الحقيقي هو الله تعالى ، لكنه لما أذن في التصرف فيه لمن هو في يده بالطريق الشرعي .. رتب عليه أحكاماً خاصة ؛ كالقطع بسرقة ، ووجوب رده على من غصب منه .. إلى غير ذلك من الأحكام)^(٣) .

قوله : (كالعتق) تشبيه لانقضاء ملكه إليه ، ومن ثم كان حكم الوقف اللزوم في الحال ، فلا يصح الرجوع عنه سواء حكم به حاكم أو لا ، وسواء أسلمه للموقوف عليه أم لا ، ولا يصح تصرف نافاه لقدمه في غرض الوقف ؛ كالبيع والهبة ، قال في « بهجة » : [من الرجز]
والوقف عقد لازم فيطرح تصرف في غرض الوقف قدح^(٤)

لأنه لو لم يكن لازماً . لصح التصرف وكان رجوعاً عن الوقف .

قوله : (فلا يملكه الواقف ولا الموقوف عليه) أي : بدليل امتناع تصرفهما فيه ، وقيل : إنه ملك الواقف ، لأنه إنما زال ملكه عن فوائده ، وقيل : إنه ملك الموقوف عليه ؛ إلحاقاً له بالصدقة ، والمعتمد : الأول ، فإن قيل : الوقف يثبت بشاهد ويمين كما صرحوا به في (باب الشهادة) وهو يدل لهذين القولين ؛ فإن حقوق الله تعالى لا تثبت إلا بشاهدين .. أوجب بأن المقصود بالثبوت هو الريع وهو حق آدمي ، ثم الخلاف إنما هو فيما يقصد به تملك ريعه ، بخلاف ما هو تحرير نص ؛ كالمسجد والمقبرة فالملك فيها لله تعالى قطعاً ، وكذا المدارس والربط ، ولو شغل المسجد بامتعة .. وجبت الأجرة له على المعتمد .

قوله : (أما ريعه .. فهو ملك للموقوف عليه) هذا سيأتي في قول المتن : (ويملك فوائده ..) إلخ ؛ إذ المراد به (الريع) : هي الفوائد ، فالأولى : حذفه ، أو ذكره قبيل قول المتن

(١) منهاج الظالمين (ص ٣٢٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٧٢/٦) ، نهاية المحتاج (٣٨٨/٥) .

(٣) حاشية الشبرايمشي (٣٨٨/٥) .

(٤) بهجة الحاوي (ص ١٢٩) .

ونفقة الموقوف ومؤن تجهيزه وعمارته من منافعه وغلته ، فإن لم يكن له غلة . فهي ما عدا العماره في بيت المال . (ومنافعه للموقوف عليه)

الآتي ؛ ليكون دخولا عليه ، تأمل .

قوله : (ونفقة الموقوف) مبتدأ ، خبره قوله : (من منافعه) .

قوله : (ومؤن تجهيزه) أي : الموقوف إن مات .

قوله : (وعمارته) أي : إن احتاج إليها .

قوله : (من منافعه وغلته) أي : الموقوف ؛ فالقن نفقته من كسبه ، والعقار^(١) عمارته من غلته ، لكن محل كون الإنفاق من المنافع إن لم يشرط الواقف ذلك من جهة أخرى كماله ، وإلا
تعين ، وبحث في « الفتح » أن شرط العماره على الموقوف عليه معمول به ؛ نظير الوصية لفلان إن أعطى لولده كذا^(٢) .

قوله : (فإن لم يكن له غلة) أي : أو لم تف بمصارفه .

قوله : (فهي ما عدا العماره) أي : ما ذكر من المؤن ، إلا عماره الدار مثلاً ؛ لأنها غير ضرورية فلم تجب على أحد كالملك الخالص .

قوله : (في بيت المال) أي : كما لو أعتق عبداً لا كسب له فإن مؤنه على بيت المال ، قال في « الفتح » : (فإن تعذر ولو لنحو جور . . فعلى مياسير المسلمين لا الموقوف عليه وحده ؛ بناء على الأصح : أن الملك فيه لله تعالى ، وما في « الحاوي » من أنها عليه بعد فقد الكسب مبني على الضعيف : أنه ملكه ؛ أي : ولذا قال في « البهجة » :

قلت وإن بُني على الأقوال في الملك فالأصح بيت المال^(٣)

لأن ملك المنفعة ليس من أسباب وجوب الإنفاق (انتهى^(٤)) ، وعلى ما في « الحاوي » اعتمد الرملي ؛ إذ قال : الأرجح وجوبها على الموقوف عليه وإن قلنا : الملك لله تعالى ؛ لأن له تعلقاً خاصاً به ؛ أي : فلزمته نفقته عند تعذر بيت المال .

قوله : (ومنافعه) أي : الموقوف ؛ كالسكنى واللبس .

قوله : (للموقوف عليه) أي : ملك له ؛ لأنه المقصود من الوقف .



(١) في الأصل : (والعمار) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) فتح الجواد (١ / ٦٢٢) .

(٣) بهجة الحاوي (ص ١٣٠) .

(٤) فتح الجواد (١ / ٦٢٢) .

عَيْنٌ مطلقاً أو لاستغلال ريعها (يُعِيرُهَا وَيُؤَجِّرُهَا) إِنْ كَانَ هُوَ النَّاطِرُ . وإلّا . . . فَيَأْذِنُ ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ . . . أَجَرَ النَّاطِرُ وَاسْتَحَقَّ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْأَجْرَ ، ولو رَضِيَ بِهَا وَهِيَ دُونَ أُجْرَةِ الْمَثَلِ . . . جَازَ ، وَلِلنَّاطِرِ مِنْهُ . . .

قوله : (عين) نائب فاعل (الموقوف) .

قوله : (مطلقاً) أي : وفقاً مطلقاً ؛ أي : عن التقييد بكونه لاستغلال أو غيره .

قوله : (أو لاستغلال ريعها) عطف على (مطلقاً) أي : أو الموقوف عليه عين لاستغلال ريعها ؛ كأن قال : وقفت هذه الدار لتستغل ريعها وتعطى غلتها لفلان .

قوله : (يعيرها ويؤجرها) أي : كسائر الأملاك ؛ فيستوفيها بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة ، وعلم من كلامه : أنه لو وقفه ليتنفع به الموقوف عليه . . . ليس له إجارة ولا إعارة ، بل يستوفيها بنفسه أو نائبه ؛ عملاً بشرط الواقف ، ومن ثم : لو وقف داراً على أن يسكنها معلم الصبيان . . . ليس له أن يسكنها غيره بإجارة ولا إعارة ، وما نقل عن الإمام النووي أنه لما ولي دار الحديث وبها قاعة للشيخ لم يسكنها وأسكنها غيره . . . قال في « التحفة » : (اختيار له ، أو لعله لم يثبت عنده أن الواقف نص على سكنى الشيخ)^(١) .

قوله : (إن كان هو الناظر) قيد لجواز إعارته وإجارته .

قوله : (وإلا . . . فبإذنه) أي : وإن لم يكن الموقوف عليه هو الناظر . . . فلا يجوز له الإجارة والإعارة إلا بإذن الناظر .

قوله : (فإن لم يأذن) أي : الناظر للموقوف عليه في ذلك .

قوله : (أجر الناظر) أي : لأنه من وظائفه كما سيأتي .

قوله : (واستحق الموقوف عليه الأجرة) أي : لأنها من فوائد الموقوف ، وسيأتي أنها ملك الموقوف عليه .

قوله : (ولو رضي بها) أي : الموقوف عليه بالأجرة .

قوله : (وهي دون أجرة المثل) أي : والحال أنها دون أجرة مثل الموقوف .

قوله : (جاز) أي : الإيجار بذلك ؛ لأنها حقه ، وكما علم من جواز الإعارة ، وعبارة « المغني » : (وفهم من تجويز الإعارة : الإجارة بدون أجرة المثل ، وبه صرح الإمام)^(٢) .

قوله : (وللناظر منعه) أي : ويجوز للناظر منع الموقوف عليه ، وهذا في قوة الاستدراك على

(١) تحفة المحتاج (٢٧٣/٦) .

(٢) مغني المحتاج (٥٠٣/٢) .

مِنْ سَكْنَى الْمَوْقُوفَةِ لِيُؤَجِّرَهَا لِلْعِمَارَةِ وَأَقْتَضَاهَا الْحَالُ ، وَإِلَّا . . . لَأَدَّى إِلَى الْخَرَابِ . (وَيَمْلِكُ) -
 الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ عَيْنٌ كَذَلِكَ - (فَوَائِدُهُ) أَي : الْمَوْقُوفِ الْحَادِثَةِ بَعْدَ الْوَقْفِ (مِنْ ثَمَرَةٍ ، وَوَلَدٍ ،
 وَطِينٍ ، وَلَبَنِ ، وَصُوفٍ ، وَشَعِيرٍ ،)

المتن ، وعبارة غيره : (نعم ؛ للناظر . . .) إلخ ^(١) .

قوله : (من سكنى الموقوفة) يعني : من سكنى الدار الموقوفة عليه .

قوله : (ليؤجرها للعمارة) أي : ليؤجر الدار لأجل العمارة بأجرتها .

قوله : (واقتضاها الحال) أي : بأن خربت ولم يعمرها الموقوف عليه تبرعاً .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم نقل بجواز منعه .

قوله : (لأدئ إلى الخراب) أي : إذ الفرض أنه ليس للوقف ما يعمر به سوى الأجرة المعجلة ،

قال في « المغني » : (ولو حصل من استيفاء المنفعة نقص في عين الموقوف ؛ كرصاص الحمام

واستوفى الموقوف عليه الأجرة . . . لزمه قيمة ما أذهبت النار من الرصاص مما قبضه من الأجرة

وصرفه في مثله ، قاله في « المطلب » تفقهاً ، قال الدميري : وعليه عمل الناس ^(٢) .

قوله : (ويملك الموقوف عليه عينٌ كذلك) أي : مطلقاً ، وكذا لو شرط أن الفوائد له .

قوله : (فوائده ؛ أي : الموقوف) أي : جميعها ، قال في « الأسنى » : (ولا يخفى أن

المملوك من فوائد المدارس ونحوها إنما هو الانتفاع لا المنفعة) ^(٣) أي : فلا تجوز إيجارها

ولا إعارتها كما مر .

قوله : (الحادثة بعد الوقف) قيد لكون الفوائد ملكاً للموقوف عليه .

قوله : (من ثمرة . . .) إلخ ، بيان للفوائد ، وأما الثمرة الموجودة حال الوقف : فإن تأبرت . . .

فهي للواقف ، وإلا . . . شملها الوقف على المعتمد ، ولا يرد هذا على عدم صحة وقف المطعوم

ونحوه ؛ لأن ذلك فيما إذا كان استقلالاً لا بطريق التبعية .

قوله : (وولد) أي : من مأكول وغيره ، وفارق ولد الموصى بمنافعها بأن التعلق هنا أقوى ؛

لملكه الأكساب النادرة وخروج الأصل عن استحقاق الآدمي ، ولا كذلك ثم فيهما ، أما إذا كان

حماً حين الوقف . . . فهو وقف ، وألحق به نحو الصوف .

قوله : (وطنين ولبن وصوف وشعر) أي : وريش ووبر ويض .

(١) انظر « أسنى المطالب » (٤٧٠/٢) .

(٢) مغني المحتاج (٥٠٣/٢) .

(٣) أسنى المطالب (٤٧٠/٢) .

وَمَهْرُ الْجَارِيَةِ (الموطوءة بشبهة أو مكرهه ، وأجرة ، فيتصرف فيها تصرف الملاك ؛ لأن ذلك هو المقصود من الوقف .

نعم ؛ لو أجرة الناظر سنين بأجرة معجلة

قوله : (ومهر الجارية) أي : الثيب أو البكر ، وخرج به (المهر) : أرش البكارة فهو كآرش طرفها يفعل به ما يفعل في بدل العبد إذا أتلف .

قوله : (الموطوءة بشبهة) أي : منها وكان الواطئ غير الموقوف عليه ، بخلاف ما إذا كان هو الواطئ . . فإنه لا مهر ؛ إذ لو وجب . . لوجب له ، والإنسان لا يستحق على نفسه شيئاً .

قوله : (أو مكرهه) أي : أو غير مميزة أو نكاح كما صرح به غيره ، بل شمله قوله : (بشبهة) ووليها الحاكم ، لكن بإذن الموقوف عليه ؛ لتعلق حقه بها ، ولا يجوز تزويجها له ، ولذا قال في « البهجة » :

وزوج القاضي بإذنه ولا جبر وذا إن يتزوج بطلا^(١)

قال في « الغرر » : (وإن قلنا : الملك لله تعالى احتياطاً ، وعليه : لو وقفت عليه زوجته . . انفسخ نكاحه ، ولو تزوجها الواقف . . بطل أيضاً)^(٢) .

قوله : (وأجرة) عطف على (ثمرة) فهي من الفوائد ؛ لأنها بدل المنافع المملوكة للموقوف عليه .

قوله : (فيتصرف فيها) أي : يتصرف الموقوف عليه في الفوائد المذكورة ، فهو تفريع على قول المتن : (ويملك فوائده) .

قوله : (تصرف الملاك) أي : من بيع وتصدق وغيرها .

قوله : (لأن ذلك هو المقصود من الوقف) تعليل للمتن ، أو لقوله : (فيتصرف . . .) إلخ ، والمال واحد ، ولو ماتت البهيمة الموقوفة . . اختص الموقوف عليه بجلدها ؛ لأنه أولى من غيره ، لهذا إن لم يندبغ ، وإلا . . عاد وقفاً ، ولو أشرفت مأكولة على الموت . . ذبحت واشتري بثلثها من جنسها ، فإن تعذر . . وجب شراء شقص ، فإن تعذر . . صرف للموقوف عليه كما بحثه في « التحفة » نظير ما يأتي^(٣) .

قوله : (نعم ؛ لو أجرة الناظر سنين . . .) إلخ ، استدراك على ما اقتضاه قوله : (وأجرة) أنه

(١) بهجة الحاوي (ص ١٣٠) .

(٢) الغرر البهية (٤٤٢/٦ - ٤٤٣) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٧٨/٦) .

لم يَجْزْ أَنْ يُعَجَّلَ الأَجْرَةُ للموقوفِ عليه ، وَإِنَّمَا يُعْطِيهِ بِقِسْطٍ مَا مَضَى . وَأَمَّا مَنْ وَقَفَتْ عَلَيْهِ عَيْنٌ
لِنَفْعٍ خَاصٍّ كَدَابَّةٍ لِلرُّكُوبِ . . ففَوَائِدُهَا لِلوَاقِفِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَدْخُلْ فِي الْوَقْفِ

يجوز للناظر صرفها إليه في هذه الصورة حالاً ، وليس كذلك . .

قوله : (لم يجز أن يعجل الأجرة) أي : جميعها .

قوله : (للموقوف عليه) أي : أو للبطن الأول منه .

قوله : (وإنما يعطيه بقسط ما مضى) أي : من المدد ، وإلا . . ضمن الزائد كما قاله القفال
وغيره ، واعتمده جمع ، منهم : الأسنوي وشيخ الإسلام والخطيب والشارح^(١) ، خلافاً لما ارتضاه
ابن الرفعة من أن له صرف الكل للمستحق ، واستظهره غيره ، واعتمده الرملي ؛ لأنه ملك الموقوف
عليه ظاهراً وعدم الاستقرار لا ينافي جواز التصرف كما مر في الإجارة ، ولأنه يلزم على الأول منع
الشخص من التصرف في ملكه مع عدم تقدم حجر عليه ، ولأنه إذا بقي في يد الناظر : فإن ضمن . .
فهو خلاف القاعدة ، وإلا . . أضر ذلك بالمالك ، لكن أجاب في « التحفة » عن ذلك بأن الناظر
يلزمه التصرف بالأصلح للوقف والمستحق ولا أصلحية ، بل لا صلاح في دفع الكل له حالاً مع غلبة
تضييعه له المترتب عليه ضياع الوقف من العمارة ومن بعده من المستحقين من الصرف إليه ، ومع
ذلك : فلا نظر لما يلزم مما ذكر ، وأيضاً : فإن الملك هنا مراعى فليس على حقيقة الأملاك ،
وبقاؤه في يد الناظر بشروطه ؛ وإلا . . فالقاضي الأمين أصلح من تمكين من يذهب بالكلية ؛ لا سيما
إن كان معسراً ، تأمل^(٢) .

قوله : (وأما من وقفت عليه عين لنفع خاص) هذا مقابل قوله : (الموقوف عليه عين
كذلك) .

قوله : (كدابة للركوب) أي : كأن وقفت عليه دابة للركوب فقط ، أو دار للسكنى فقط .

قوله : (ففوائدها) أي : العين الموقوفة لنفع خاص من دار ونحوه .

قوله : (للواقف) أي : ملك له لا للموقوف عليه .

قوله : (لأنها لم تدخل في الوقف) تعليل لكون الفوائد للواقف ، وعلم منه كما قاله بعضهم :
أن العين تنفك عن اختصاص الآدميين وإن خص الوقف ببعض المنافع ، وظاهر هذا : أنه لا يجب
على الواقف مؤنّها ، لكن نقل شيخنا رحمه الله تعالى عن (ع ش) أن مؤنّها عليه ؛ لأنه لم يجعل

(١) المهمات (١٨١/٦) ، أسنى المطالب (٤٠٤/٢) ، مغني المحتاج (٤٣٠/٢) ، تحفة المحتاج (١٨٨/٦) .

(٢) تحفة المحتاج (١٨٩/٦) .

(وَإِذَا أَتَلَفَهُ) أَي : الْمَوْقُوفَ (مُتَلَفٌ) أَهْلٌ لِلضَّمَانِ (.. أَشْتَرِي) من جهة الحاكم أو نائبه - لا الواقف والموقوف عليه ، والناظر - مثله جنساً ونوعاً وصفة ؛ لاختلاف الغرض باختلاف ذلك بالنسبة إلى بطون أهل الوقف

[منها] للمستحق إلا الركوب فكأنها باقية على ملكه ، فليراجع^(١) .

قوله : (وإذا أتلفه ؛ أي : الموقوف) أي : سواء العبد وغيره .

قوله : (متلف أهل للضمان) أي : سواء الأجنبي والواقف ، قال في « التحفة » : (وكذا موقوف عليه تعدى ؛ كأن استعمله في غير ما وقف له ، أو تلف تحت يد ضامنة له ، أما إذا لم يتعد بإتلاف ما وقف عليه .. فلا يضمن ؛ كما لو وقع منه من غير تقصير بوجه ؛ كوز مسبل على حوض فانكسر)^(٢) .

قوله : (اشترى) أي : يبدل الموقوف المتلف حيث وجب قيمة أو أرش أو قصاص ولم يقتص الإمام من الجاني ؛ إذ هو جائز للإمام على المعتمد كعبد بيت المال ، وقيل : لا يجوز ؛ لما فيه من استهلاك الوقف ، وجمع بعضهم بينهما بحمل كل منهما على ما إذا اقتضته المصلحة ، فليتأمل^(٣) .

قوله : (من جهة الحاكم أو نائبه) أي : فهو المتولي للشراء على المعتمد .

قوله : (لا الواقف والموقوف عليه والناظر) أي : الخاص ، خلافاً لجمع ، منهم : الأذرعى والزركشي وصاحب « الأنوار » فقالوا : إن المتولي لذلك هو الناظر الخاص ، ورد بأن الوقف ملك لله تعالى ، والمختص بالتكلم على جهاته تعالى العامة هو الحاكم دون غيره .

قوله : (مثله) أي : الموقوف المتلف ليكون وفقاً مكانه ؛ مراعاة لغرض الواقف وبقية البطون .

قوله : (جنساً ونوعاً وصفة) أي : فلا يجوز شراء أمة ببدل عبد كعكسه ، ولا شراء صغير ببدل كبير وعكسه .

نعم ؛ إن تعذر ذلك .. جاز كما بحث .

قوله : (لاختلاف الغرض باختلاف ذلك) أي : الجنس والنوع والصفة .

قوله : (بالنسبة إلى بطون أهل الوقف) أي : الموقوف عليهم ، قال في « التحفة » : (وما فضل من القيمة يشتري به شقص كالأرش ، بخلاف نظيره في الوصية ؛ لتعذر الرقبة المصرح بها

(١) إعانة الطالبين (١٧٧/٣) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٧٩/٦) .

(٣) انظر « نهاية المحتاج » (٣٩١/٥) .

فإن تعذر المثل فيما قرب منه.. اشترى شقص ، ولا يصير المشتري ممّا ذُكر وفقاً بنفس الشراء ،
بل لا بدّ أن الحاكم يقفه
.....

فيها ، فإن لم يمكن شراء شقص بالفاضل.. صرف للموقوف عليه فيما يظهر ، بل لنا وجهٌ بصرف
ما أوجبته الجناية إليه ^(١) .

قوله : (فإن تعذر المثل فيما قرب منه) أي : كأن تعذر شراء عبد بقيمة التالف .
قوله : (اشترى شقص) أي : لأنه أقرب إلى غرض الواقف ؛ كنظيره من الأضحية ، قال في
« الأسنى » : (فإن تعذر الشقص .. ففيه ثلاثة أوجه - ذكرها الماوردي والرويانى - :
أحدها : يبقى البدل بحاله تبعاً لأصله ، ولعل المراد : أنه يبقى إلى أن يتمكن من شراء شقص .
ثانيها : يكون ملكاً للموقوف عليه .
ثالثها : يكون لأقرب الناس [إلى الواقف] انتهى ^(٢) ، وجزم الشارح بالثاني ^(٣) ، واستقرب
الخطيب الثالث ^(٤) .

قوله : (ولا يصير المشتري) بفتح الراء اسم مفعول .
قوله : (مما ذكر) أي : المثل أو الشقص .
قوله : (وفقاً بنفس الشراء) أي : بخلاف المبني في عمارة الجدران الموقوفة وترميمها حيث
يصير وفقاً بالبناء ؛ لأن العبد الموقوف قد فات بالكلية والأرض الموقوفة باقية ، والطين والحجر
المبني بهما كالوصف ^(٥) التابع ، أفاده في « الأسنى » ^(٦) .
قوله : (بل لا بد أن الحاكم يقفه) أي : المشتري فيتعين أحد ألفاظ الوقف السابقة ، وقول
القاضي : (أقمته مقامه) منظر فيه ، قال في « التحفة » و « النهاية » : (وفارق هذا صيرورة القيمة
رهناً في ذمة الجاني كما مر بأنه يصح رهنها دون وقفها ، وعدم اشتراط جعل بدل الأضحية أضحية
إذا اشترى بعين القيمة أو في الذمة ونوى ؛ بأن القيمة هناك ملك الفقراء والمشتري نائب عنهم فوق
الشراء لهم بالعين أو مع النية ، وأما القيمة هنا .. فليست ملك أحد فاحتيج لإنشاء وقف ما يشتري

(١) تحفة المحتاج (٢٨٠/٦) .

(٢) أسنى المطالب (٤٧٤/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٢٨٠/٦) .

(٤) مغني المحتاج (٥٠٥/٢) .

(٥) في الأصل : (كالوقف) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٦) أسنى المطالب (٤٧٤/٢) .

فَحَيْثُ هُوَ (وَقَفَ مَكَانَهُ) أَي : التَّالَفَ . (وَالنَّظَرُ فِي الْوَقْفِ لِمَنْ شَرَطَ الْوَقْفُ) لَهُ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَقَرَّبُ بِصَدَقَتِهِ ، فَيَتَّبِعُ شَرْطَهُ فِيهَا ، كَمَا يَجِبُ أَتْبَاعُ سَائِرِ شُرُوطِهِ

بها حتى ينتقل إلى الله تعالى (تدبر^(١)) .

قوله : (فحيث^(٢)) أي : حين إذ وقفه الحاكم .

قوله : (هو وقف مكانه ؛ أي : التالف) أي : فيملك الموقوف عليه منافعه وفوائده ، ولو حصل فوائد مما اشتراه الحاكم قبل أن يقفه . . فينبغي كما قاله ابن قاسم أن تباع ويشترى بها أيضاً ولا تكون ملكاً للموقوف عليه ؛ لأنها ليست فوائد موقوف^(٣) .

قوله : (والنظر في الوقف) أي : الموقوف ، وهذا شروع في بيان النظر فيه وشرط الناظر ووظيفته .

قوله : (لمن شرط الواقف له من نفسه أو غيره) أي : واحداً كان أو أكثر وإن أوصى به بعد موته ، أو علقه ؛ كفلان فإن مات . . فلفلان سواء قوله : وقفت وشرطت كذا وبشرط كذا .

قوله : (لأنه المتقرب بصدقته) أي : وقفه ، وقد كان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه يلي صدقته ، ثم جعله لحفصة رضي الله تعالى عنها تليها ما عاشت ، ثم يليه أولو الرأي من أهلها ، رواه أبو داود^(٤) ، قال في « التحفة » : (وقبول من [شرط] له النظر كقبول الوكيل على الأوجه لا الموقوف عليه ، إلا أن يشترط له شيء من مال الوقف على ما بحث ، وقول السبكي : « إنه أشبه بالإباحة فلا يرتد بالرد » . . بعيد ، بل لو قبله ثم أسقط حقه منه . . سقط ، وإن شرط نظره حال الوقف . . فلا يعود إلا بتولية من الحاكم كما اقتضاه كلام « الروضة » خلافاً لمن نازع فيه . . إلخ^(٥) .

قوله : (فيتبع شرطه فيها) أي : في صدقته ، وفي خبر البيهقي : « المسلمون عند شروطهم »^(٦) .

قوله : (كما يجب اتباع سائر شروطه) أي : الواقف ، قال في « الغرر » : (حتى لو خصص المسجد بطائفة ؛ كأصحاب الحديث أو الرأي . . اتبع ؛ رعاية لغرضه وقطعاً للنزاع ، قال النووي : أصحاب الحديث : الشافعية ، وأصحاب الرأي : الحنفية ، قال : وهو عرف خراسان)^(٦) ، قال

(١) تحفة المحتاج (٦/٢٨٠) ، نهاية المحتاج (٥/٣٩٣) .

(٢) حاشية ابن قاسم على الغرر (٦/٤٤٤) .

(٣) سنن أبي داود (٢٨٧٩) .

(٤) تحفة المحتاج (٦/٢٨٦) .

(٥) السنن الكبرى (٦/٧٩) عن سيدنا عمرو بن عوف رضي الله عنه .

(٦) الغرر البهية (٦/٤١٧) .

مِنَ التَّقْيِيدِ بوصفٍ ، أو زمنٍ ، أو محلٍّ ، أو تسويةٍ ، أو تفضيلٍ ، أو غيرها ما لم يخالف غرضَ الشَّارِعِ كشرطِ العزوبةِ ؛ لمخالفتهِ الكتابُ والسُّنةُ مِنَ الحَثِّ على التَّزْوِجِ

في « التحفة » : (فلا يصلي ولا يعتكف فيه غيرهم وإن كره هذا الشرط)^(١) .

قوله : (من التقييد بوصف أو زمن أو محل . . .) إلخ، بيان لسائر الشروط، وحيث أجمل الواقف شرطه . . اتبع العرف المطرد في زمنه ؛ لأنه بمنزلة شرطه ، ثم ما كان أقرب إلى مقاصد الواقفين ، قال بعضهم : فإن وقف على المدرس والمعيد والفقهاء . . نزل على ما يقتضيه العرف من التفاوت بينهم وبين الفقيه والأفقه ، وكذا ينزل على إلقاء الدروس في الغدوات ، فلا يكفي إلقاؤها ليلاً .

قوله : (أو تسوية) أي : بين الموقوف عليهم في مقادير الاستحقاق .

قوله : (أو تفضيل) أي : لبعضهم على بعض ولو أنثى على ذكر .

قوله : (أو غيرها) أي : كشرط ألا يؤجر مطلقاً أو إلا كذا ؛ كسنة . . فيتبع شرطه في غير حالة الضرورة ؛ لما فيه من وجوه المصلحة ، أما في حالة الضرورة ؛ كما لو لم يوجد غير مستأجر^(٢) الأولى وقد شرط ألا يؤجر لإنسان أكثر من سنة ، أو أن الطالب لا يقيم أكثر من سنة ولم يوجد غيره في السنة الثانية . . فيهمل شرطه حينئذ كما قاله ابن عبد السلام ؛ لأن الظاهر : أنه لا يريد تعطيل وقفه ، أفاده في « التحفة »^(٣) .

قوله : (ما لم يخالف غرض الشارع) قيد لوجوب اتباع شروط الواقف .

قوله : (كشرط العزوبة) أي : في سكان المدرسة مثلاً ، وهذا تمثيل للشرط المخالف لغرض الشارع ، قال في « التحفة » : (فلا يصح كما أفتى به البلقيني ، ويؤخذ من قوله : « لا يصح » المستلزم لعدم صحة الوقف : عدم صحته أيضاً فيما لو وقف كافر على أولاده إلا من يسلم منهم ، وأما قول السبكي : يصح ويلغو الشرط . . إلخ . . فبعيد)^(٤) ، لكن مال السيد عمر البصري إلى ما قاله السبكي ، وكذا في مسألة العزوبة ، ونقل عن الرملي الميل إلى البطلان في مسألة الكافر ، وإلى الصحة في مسألة العزوبة ، فليراجع .

قوله : (لمخالفته) أي : شرط العزوبة التي هي عدم التزوج أو التسري .

قوله : (الكتاب والسنة من الحث على التزوج) أي : وذم العزوبة ؛ فقد قال تعالى : ﴿ فَانكِحُوا

(١) تحفة المحتاج (٢٥٧/٦) .

(٢) في الأصل : (المستأجر) . ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) تحفة المحتاج (٢٥٦/٦) .

(٤) تحفة المحتاج (٢٥٦/٦) .

(وَإِلَّا) بَأَنْ سَكَتَ الْوَاقِفُ عَنِ النَّظَرِ فَلَمْ يَشْرُطْهُ لِأَحَدٍ ، أَوْ فَسَقَ النَّازِرُ ، أَوْ اخْتَلَّتْ كِفَايَتُهُ وَإِنْ شُرْطَ نَظَرُهُ حَالُ الْوَاقِفِ (. . . فَلِلْقَاضِي النَّظَرُ) لَا لِلوَاقِفِ وَلَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، سِوَاءِ الْوَاقِفِ عَلَى مَعِينٍ أَوْ جِهَةٍ ؛ . . .

مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنً وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ، وقال تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ ﴾ ، وقال صلى الله عليه وسلم : « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ؛ فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج . . . » إلخ^(١) ، وقال : « من أحب فطرتي . . . فليستسن بسنتي ، ومن سنني النكاح »^(٢) ، وعن أنس : (كان صلى الله عليه وسلم يأمرنا بالباءة ، وينهى عن التبتل نهياً شديداً)^(٣) ، وقال صلى الله عليه وسلم : « شراركم عزابكم ، وأراذل موتاكم عزابكم » رواه أحمد^(٤) ، وقد نظم ابن العماد معنى هذا الحديث في قوله :

شراركم عزابكم جاء الخبر أراذل الأموات عزاب البشر

قوله : (وَإِلَّا ؛ بَأَنْ سَكَتَ الْوَاقِفُ عَنِ النَّظَرِ فَلَمْ يَشْرُطْهُ لِأَحَدٍ) أي : حال الوقف ، وقال (ع ش) : (أي : لم يعلم شرطه لأحد سواء علم عدم شرطه أو جهل الحال)^(٥) .
قوله : (أَوْ فَسَقَ النَّازِرُ أَوْ اخْتَلَّتْ كِفَايَتُهُ) معطوفان على قوله : (سَكَتَ الْوَاقِفُ . . .) إلخ ، لكن في دخولهما تحت قول المتن : (وَإِلَّا . . .) لا يخفى ما فيه ، فلو قال : وكذا لو فسق . . . إلخ . . . لكان أقعد ، تأمل .

قوله : (وَإِنْ شُرْطَ نَظَرُهُ حَالُ الْوَاقِفِ) أي : أو كان فاسقاً حال الشرط علم به الواقف أم لا ، ولعل سكوته عن هذا ؛ لأنه يستفاد من فسق بالأولى على نظر فيه « حاشية الفتح »^(٦) .

قوله : (فَلِلْقَاضِي النَّظَرُ) أي : قاضي بلد الموقوف بالنسبة لحفظه ونحو إجارته ، وقاضي بلد الموقوف عليه بالنسبة لما عدا ذلك ؛ أي : كقسمة الغلة ، نظير ما مر في مال اليتيم .
قوله : (لَا لِلوَاقِفِ وَلَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ) هذا هو المعتمد ، وقيل : للواقف ، وقيل : للموقوف عليه .

قوله : (سِوَاءِ الْوَاقِفِ عَلَى مَعِينٍ أَوْ جِهَةٍ) هذا هو المعتمد أيضاً ، وقيل : إن كان الوقف على

(١) أخرجه البخاري (٥٠٦٦) ، ومسلم (١٤٠٠) عن سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البيهقي (٧٧/٧) ، وأبو يعلى (٢٧٤٨) عن عبيد بن سعد يبلغ به النبي صلى الله عليه وسلم .

(٣) أخرجه ابن حبان (٤٠٢٨) ، والضياء في « المختارة » (١٨٨٩) .

(٤) مسند الإمام أحمد (١٦٣/٥) عن سيدنا أبي ذر رضي الله عنه .

(٥) حاشية الشبراملسي (٣٩٨/٥) .

(٦) حاشية فتح الجواد (٦١٩/١) .

لأنَّه الناظرُ العامُّ ، ولأنَّ المِلِكَ في الوقفِ لله تعالى . (وَشَرَطُ النَّاظِرِ الْعَدَالَةَ وَالْكَفَايَةَ ، فَلَا يَكُونُ)
الناظرُ (سَفِيهاً) ولا فاسقاً ، ولا غيرَ كافٍ ؛ لأنَّ النَّظَرَ ولايةٌ ،

جهة عامة . . فللقاضي ، وإلا . . فللواقف أو الموقوف عليه .

قوله : (لأنه) أي : القاضي ؛ تعليل لاستحقاقه النظر .

قوله : (الناظر العام) أي : فكان أولى من غيره ولو واقفاً أو موقوفاً عليه وإن كان معيناً ،
وجَزُمَ الماوردي بثبوته للواقف بلا شرط في مسجد المحلة والخوارزمي في سائر المساجد ، وزاد :
أن ذريته مثله . . ضعيفٌ . « تحفة » و « نهاية »^(١) .

قوله : (ولأن الملك في الوقف لله تعالى) أي : في الأظهر كما مر ؛ تعليل ثانٍ لذلك ، قال في
« التحفة » : (ويبحث بعضهم : أنه لو خشي من القاضي أكل الوقف لجوره . . جاز لمن هو بيده
صرفه في مصارفه ؛ أي : إن عرفها ، وإلا . . فوضه لفقيه عارف بها أو سأله وصرفها)^(٢) .

قوله : (وشرط الناظر) أي : سواء كان هو الواقف أم غيره .

قوله : (العدالة) إطلاق المصنف كغيره العدالة يتناول الأعمى والبصير والمرأة .

قوله : (والكفاية) أي : لما تولاه من نظر عام أو خاص ؛ وهي الاهتداء إلى التصرف الذي
فوض له ، فذكر « المنهاج » الاهتداء بعدها^(٣) ؛ لكونه المهم منها .

قوله : (فلا يكون الناظر سفيهاً) أي : محجوراً عليه بسفه ، بخلاف المحجور بفلس .

قوله : (ولا فاسقاً ولا غير كاف) أي : وينعزل بطرو الفسق وعدم الكفاية ، ولو رتب الواقف
النظر بين اثنين ففسق الأول أو اختلت كفايته . . انتقل النظر إلى الحاكم كما قاله السبكي ، واستبعد
قول شيخه ابن الرفعة : (أنه ينتقل للثاني) بأنه لم يجعل النظر للمتأخر إلا بعد فقد المتقدم فلا سبب
لنظره غير فقدده ، وبه فارق انتقال ولاية النكاح للأبعد بفسق الأقرب ؛ لوجود السبب فيه وهو
القرابة ، تأمل .

قوله : (لأن النظر ولاية) أي : على الغير فاعتبر فيه ذلك كما في الوصي والقيم ، قال في
« النهاية » : (وقياس ما في الوصية والنكاح : صحة شرط ذمي النظر لذمي عدل في دينه ، لكن
يُرَدُّ باشتراط العدالة الحقيقية هنا ، والفرق بين هذا وصحة تزويج الذمي موليته واضح)^(٤) ،

(١) تحفة المحتاج (٢٨٦/٦) ، نهاية المحتاج (٣٩٩/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٢٨٧/٦) .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٣٢٣) .

(٤) نهاية المحتاج (٣٩٩/٥) .

وَيُعْتَبَرُ فِي مَنْصُوبِ الْحَاكِمِ الْعَدَالَةُ الْبَاطِنَةُ ، وَكَذَا فِي مَنْصُوبِ الْوَاقِفِ ، وَلَوْ عَادَتْ صِلَا حَيْثُ .
عَادَ نَظَرُهُ إِنْ كَانَ نَظَرُهُ مَشْرُوطاً فِي الْوَاقِفِ ، مَنْصُوباً عَلَيْهِ ، وَوُظِيفَ الْنَازِرُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ
الْعِمَارَةُ ،

قال (ع ش) : (وهو أن ولي النكاح فيه وازع طبيعي يحمله على الحرص على تحصين موليته ؛
دفعاً للعار عنه ، بخلاف الوقف)^(١) .

قوله : (ويعتبر في منصوب الحاكم) أي : الناظر الذي نصبه الحاكم على الأوقاف .

قوله : (العدالة الباطنة) أي : وهي التي تثبت بالتزكية ، فلا يكفي فيه العدالة الظاهرة اتفاقاً .

قوله : (وكذا في منصوب الواقف) أي : يعتبر فيه أيضاً العدالة الباطنة على المعتمد ، خلافاً
للسبكي حيث قال : وينبغي أن يكتفى في منصوب الواقف بالظاهرة كما في الأب وإن افترقا في وفور
شفقة الأب ، واعتمده في « المغني »^(٢) .

قوله : (ولو عادت صلاحيته) أي : الناظر ؛ كأن فسق ثم عاد عدلاً .

قوله : (عاد نظره) أي : عادت ولايته النظر في ذلك الوقف .

قوله : (إن كان نظره مشروطاً في الوقف منصوباً عليه) أي : بعينه ، وإلا . . فلا كما أفتى به
النووي ، خلافاً لما اقتضاه كلام الإمام من عدم عوده ؛ وذلك لقوته ؛ إذ ليس لأحد عزله
ولا الاستبدال به ، والعارض مانع من تصرفه لا سالب لولايته .

قوله : (ووظيفة الناظر) مبتدأ ، خبره قوله : (العمارة . . .) إلخ ، والوظيفة - بالطاء المشالة
بوزن سفينة - : ما يقدر عليه الإنسان في كل يوم ونحوه ، وجمعه : وظائف ووظف بضميتين ،
والتوظيف : تعيين الوظيفة .

قوله : (عند الإطلاق) أي : أو تفويض جميع الأمور الآتية له كما فهم بالأولى ، بخلاف ما إذا
فوض إليه بعضها . . فإنه لا يتعداه ؛ اتباعاً للشرط .

قوله : (العمارة) أي : لما رآه محتاجاً إليها ، وكذا الاقتراض على الوقف عند الحاجة إن
شرطه له الواقف أو أذن له القاضي سواء مال نفسه وغيره ، وإذا أذن له فيه . . صدق فيه ما دام ناظراً
لا بعد عزله ، قال (سم) : (وخرج بـ « الحاجة » : ما إذا تعطلت منافع العقار ؛ إذ لا تجب
العمارة حينئذ)^(٣) .

(١) حاشية الشبراملسي (٣٩٩/٥) .

(٢) مغني المحتاج (٥٠٩/٢) .

(٣) حاشية ابن قاسم على التحفة (٢٨٩/٦) .

وجمعُ الغلَّةِ ، وقسمتها ، والإجارةُ بأجرةِ المثلِ فأكثرُ ، ولا أثرٌ للزيادةِ فيها بعدَ الإجارةِ .

قوله : (وجمع الغلة) أي : وحفظها وحفظ الأصول أيضاً على الاحتياط ؛ لأنه ينظر في مصالح الغير فأشبهه ولي اليتيم .

قوله : (وقسمتها) أي : الغلة على مستحقيها ؛ لأنها المعهودة في مثله ، ويلزمه رعاية زمن عينه الواقف ، وإنما جاز تقديم تفرقة المنذور على الزمن المعين ؛ لشبهه بالزكاة المعجلة ، ومن وظائفه أيضاً : تنزيل الطلبة كما صوبه الزركشي وغيره ، وما قيل : إنه وظيفة المدرس لا الناظر ؛ لأنه أعرف بأحوالهم ومراتبهم . . مردود بأن الناظر قائم مقام الواقف ؛ وهو الذي يولي المدرس ، فكيف يقال بتقديمه عليه وهو فرعه ؟! وكونه لا يميز لا أثر له ؛ لأنه يمكنه أن يسأل من يعرف مراتبهم ، ولا ينبغي تفريق المعلوم للطلبة في محل الدرس ؛ لأن اللائق بمحاسن الشريعة تنزيه مواضع العلم والذكر عن الأمور الدنيوية ؛ كالبيع واستيفاء الحق .

قوله : (والإجارة بأجرة المثل فأكثر) أي : سواء كان المستأجر من الموقوف عليهم أم أجنبياً حيث رأى فيه مصلحة وإن طلبه الموقوف عليه .

قوله : (ولا أثر للزيادة فيها) أي : الأجرة .

قوله : (بعد الإجارة) أي : فإذا أجر الناظر الوقف على معين أو جهة إجارة صحيحة فزادت الأجرة في المدة أو ظهر طالب بالزيادة . . لم يفسخ العقد ؛ لأنه جرى بالغبطة في وقته فأشبه ارتفاع القيمة أو الأجرة بعد بيع أو إجارة مال المحجور عليه ، ولو دفع الناظر للمستحق ما أجر به الوقف مدة فمات المستحق أثناءها . . رجع من استحق بعده على تركته بحصة ما بقي من المدة ، قيل : والناظر طريق فيه ؛ لأنه لا يتعين عليه الدفع إلا بعد مضي مدة يستحق بها المعلوم ، وقيل : لا ؛ لأنه لا تقصير منه ، قال في « التحفة » : (والذي يتجه : أن المدة إن قصرت ؛ بحيث يغلب على الظن حياة الموقوف عليه إلى انتهائها وخاف الناظر من بقائها عنده أو عند غيره عليها . . لم يكن طريقاً ، وإلا . . كان)^(١) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(باب الهبة)

هِيَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ كَمَا قُلْتُ : (التَّمْلِيكُ)

[باب الهبة]

قوله : (باب الهبة) أي : مطلقها ، وهي لغة : مأخوذة من هبوب الريح ؛ أي : مرورها ، يقال : هبت الريح إذا مرت من جانب إلى جانب ، ووجه الأخذ من ذلك : أن الهبة تمر من يد الواهب إلى يد الموهوب له ، ويجوز أن تكون من هب من نومه : إذا استيقظ ؛ فكأن فاعلها استيقظ للإحسان وفعل الخير ، وهذا الأخذ هو المعروف عندهم بالاشتقاق الكبير ، فلا يرد أن المأخوذ من المثال الواوي والمأخوذ منه من المضاعف ؛ لأنه يكتفى فيه بالاتحاد في بعض الحروف ، وإنما ذكروا هذا الباب عقب الوقف ؛ لمشاركة الهبة له في مطلق التبرع .

قوله : (هي) أي : الهبة المطلقة .

قوله : (ثلاثة أنواع) هبة ، وهدية ، وصدقة ، والأصل في جوازها بل نديها آيات كثيرة ؛ كقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا مَرِيئًا ﴾ ، وقوله : ﴿ وَعَاقَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ﴾ ، وقوله : ﴿ وَتَمَازُوا عَلَى الْبَرِّ وَالنَّقْوَى ﴾ ، وأخبار ؛ كخبر : « لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة » متفق عليه^(١) ، وخبر : « تهادوا تحابوا » رواه البخاري في « الأدب »^(٢) ، وخبر : « تهادوا ؛ فإن الهدية تذهب وحرّ الصدر » رواه الترمذي^(٣) ، إلى غير ذلك من الأخبار سيما الواردة في الصدقة ، وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بسائر أنواعها .

نعم ؛ يستثنى من ذلك أرباب الولايات والعمال كما ذكروه في (القضاء) .

قوله : (كما قلت) هذا صريح في أن المتن للشارح نفسه ، ومر ما يصرح أنه لغيره ، ولذا : قررت أول (البيع) أنه من هذا الموضع إلى (الفرائض) له ، لا الذي سبق إلى هنا ؛ ويشهد له الذوق للعبائر السابقة والآتية فإن الذوق شاهد عدل .

قوله : (التملك) مبتدأ ، خبره قوله الآتي : (هبة) ، وكان الأولى في التعريف : الهبة : تملك . . . إلخ ؛ كما في « الإرشاد » وغيره^(٤) ؛ لأن الهبة هي المحدث عنها ، وخرج بـ (التملك) : العارية والضيافة فإنها إباحة ، والملك إنما يحصل بالوضع في الفم أو الازدراء .

(١) صحيح البخاري (٢٥٦٦) ، صحيح مسلم (١٠٣٠) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) الأدب المفرد (٥٩٤) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) سنن الترمذي (٢١٣٠) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) الإرشاد (ص ١١٨) .

سائرُ الشُّروطِ الَّتِي مَرَّتْ فِي الْبَيْعِ (بِلَا تَغْلِيْقٍ وَتَأْثِيْتٍ .. هِبَةٌ) فَمَا جازَ بَيْعُهُ .. جازَتْ هِبَتُهُ وَأَوَّلِيُّ ، وما لا ؛ كمجهولٍ وغيرِ مقدورٍ على تسليمِهِ

قوله : (سائر الشروط التي مرت في البيع) أي : لأن الهبة تمليك في الحياة كالبيع ، ومن ثم انعقدت بالكناية ؛ كلك هذا ، وبالمعاطاة على قول اختيار ، ومن الشروط التي مرت ثم : موافقة القبول للإيجاب فتشترط هنا أيضاً ، قال في « التحفة » : (خلافاً لمن زعم عدم اشتراطها هنا ، فلو قال : « وهبتك هذا » أو : « وهبتكما » فقبل الأول أو أحد الاثنين نصفه .. لم يصح ؛ لما تقرر : أن الهبة ملحقة بالبيع ؛ أي : من حيث إنها عقد مالي مثله فأعطيت أحكامه وإن تخلف بعضها فيه كما هنا ؛ إذ المانع ثم أن الإيجاب لما اشتمل على الكل المقابل بالثمن الذي ذكره .. كان قبول البعض ببعض الثمن قبولاً لغير ما أوجبه من كل وجه ، وإنما لم ينظروا لهذا بل سوّوا بينهما في البطلان ؛ نظراً لما هو أقوى من ذلك ؛ وهو الإلحاق المذكور ؛ إذ لو أبطل بهذا .. سرى بطلانه إلى البقية ؛ إذ لا مرجح فوجب^(١) التعميم طرداً للباب ، فتأمله)^(٢) .

قوله : (بلا تغليق وتأثيت) هما من الشروط التي مرت ، وسيأتي محترزهما .

قوله : (هبة) أي : بالمعنى الأخص إن خلا عما يأتي في الأخيرين ، وحيث أطلقت الهبة في كلام الفقهاء .. انصرفت إلى هذا ، بخلافها في كلام الحالف فإنها تنصرف إلى المعنى الأعم الشامل لهذا والهدية والصدقة .

قال في « الفتح » : (فكل من هذه الثلاثة هبة بالمعنى الأعم ؛ لأن الأخص يطلق عليه الأعم ولا عكس ؛ أي : ليست الهبة بالمعنى الأعم كل واحد من الثلاثة على حدته ؛ لأن الأخص لا يطلق على الأعم ، ونظير ذلك إطلاق النبي على الرسول ولا عكس ، ومن ثم يحنث من حلف لا يهب بأحدهما لا إن عكس ، وتجتمع الثلاثة بل الأربعة فيما لو ملك لثواب الآخرة ونقله إكراماً بصيغة)^(٣) .

قوله : (فما جاز بيعه) أي : من الأعيان .

قوله : (جازت هبته وأولى) أي : لأن الهبة أوسع باباً من البيع .

قوله : (وما لا) أي : وما لا يجوز بيعه منها .

قوله : (كمجهول وغير مقدور على تسليمه) أي : وضال وآبق .

(١) في الأصل : (فصح) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) تحفة المحتاج (٢٩٩ / ٦) .

(٣) فتح الجواد (٦٢٥ / ١) .

فَلَا . وَقَدْ تَصِحُّ الْهَبَةُ دُونَ الْبَيْعِ كَمَا فِي غَيْرِ الْمُتَمَوِّلِ كـ (حَبْتِي بُرَّ) عَلَى نِزَاعٍ فِيهِ . وَقَدْ يَصِحُّ الْبَيْعُ دُونَ الْهَبَةِ كَمَا لَوْ قَالَ : وَهَبْتُكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ فِي ذِمَّتِي ، وَوَصَفَهَا بِصِفَةِ السَّلَمِ . . . فَلَا يَصِحُّ وَإِنْ عَيَّنَهَا فِي الْمَجْلِسِ ،

قوله : (فلا) أي : فلا تجوز هبته ؛ بجامع أن كلاً تملك في الحياة ، ولا يرد خبر : « زن وأرجح »^(١) لأن الرجحان المجهول وقع تابعاً لمعلوم ، على أن الذي يتجه : أن المراد بـ (أرجح) : تحقق الحق ؛ حذراً من التساهل فيه . « تحفة »^(٢) .

قوله : (وقد تصح الهبة دون البيع) إشارة إلى الاستثناء من الضابط الثاني .

قوله : (كما في غير المتمول ؛ كحبتني بر) أي : فإنه يمتنع بيعه لا هبته ؛ وذلك لانتفاء المقابل هنا ، قال في « التحفة » : (وفارق نحو الكلب - أي : حيث لا تصح هبته - بأن هنا ملكاً ؛ إذ غير المتمول مال مملوك كما صرحوا به لا ثم ، على أنه نص في « الأم » على صحة هبته)^(٣) .

قوله : (على نِزَاعٍ فِيهِ) أي : في صحة هبة غير المتمول ؛ فإن النووي في « المنهاج »^(٤) لما استثنى ذلك من الضابط . . نازعه ابن النقيب بأنه سبق قلم أو وهم ؛ لقول الرافعي : إن ما لا يتمول ؛ كحبة حنطة وزبينة لا يباع ولا يوهب ، لكن قال الأذري : الصحيح المختار ما في « المنهاج » إذ لا محذور في التصديق بتمرة أو بشقهها كما نطق به الحديث ، فكذا الهبة ، وذكر الزركشي نحوه ، قيل : إن التصديق بذلك بمعنى : نقل اليد عنه لا تملكه ؛ لعدم تموله ، فلا يدل على صحة هبته بمعنى التمليك ، ورد بأن الوجه : أنه بمعنى : التمليك ، والتمول إنما يعتبر مع العوض ، فليتأمل .

قوله : (وقد يصح البيع دون الهبة) إشارة إلى الاستثناء من الضابط الأول .

قوله : (كما لو قال) أي : شخص لآخر .

قوله : (وهبتك ألف درهم في ذمتي) مقول القول .

قوله : (ووصفها بصفة السلم) أي : من الصالح أو المكسرة وغيرهما .

قوله : (فلا يصح وإن عينها في المجلس) أي : وأقبضه إياها ، ووجهه : أنه لا التزام هنا ؛ لعدم المقابل فكانت بالوعد أشبه ، ومن ثم قال الرافعي : (إن إيراد الهبة على ما في الذمة ممتنع)^(٥) .

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٣٦) ، والترمذي (١٣٠٥) عن سيدنا سويد بن قيس رضي الله عنه .

(٢) تحفة المحتاج (٣٠٣/٦) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٠٤/٦) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٣٢٤) .

(٥) الشرح الكبير (٩٢/٥) .

وَأَحْتَرَزَ عَنْ هَذِهِ بِقَوْلِهِ : (لَعِينِ) . وَيَقْبَلُ الْهَبَةَ لِمَحْجُورٍ وَلِئَنَّهُ ، وَإِلَّا . . . أَنْزَلَ غَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ ،
أَمَّا مَعَ التَّأَقُّبِ . . . فَتَبْطُلُ إِلَّا إِنْ كَانَ بِعَمْرِ الْمَتَّهِبِ كَوْهَبُكَ هَذَا عَمْرُكَ ؛

قوله : (واحترز عن هذه) أي : هبة ما في الذمة .

قوله : (بقوله : لعين) أي : فإن ما في الذمة وإن صح بيعه لا يكون عيناً ، وكذا المنافع فإنها
يصح بيعها بالإجارة ، وهل تكون هبتها هبة ، أم عارية ؟ جزم الماوردي بالأول ، ورجحه جمع ،
لكن رجع آخرون : أنها هبة ؛ بناء على أن ما وهبت منافعه أمانة .

قوله : (ويقبل الهبة لمحجور) أي : من صغير ونحوه ممن ليس له أهلية القبول .

قوله : (وليه) أي : ولو وصياً وقيماً .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يقبل الولي الهبة للمحجور .

قوله : (انزل غير الأب والجد) أي : من الوصي والقيم وأثماً بذلك ؛ لتركهما الحظ ،
بخلاف الأب والجد لا ينزلان بعدم القبول ؛ لكمال شفقتهم ، فإن وهب للصغير ونحوه ولي غير
الأب والجد . . . قبل له الحاكم ، وإن كانا أباً أو جدّاً . . . تولى الطرفين فلا بد من الإيجاب والقبول ،
ونقل عن القفال : أنه لو زين ولده الصغير بحلي . . . كان تمليكاً له ؛ لقدرته على تولي الطرفين ،
بخلاف زوجته .

قوله : (أما مع التأقبت) أي : كقوله : وهبتك هذا سنة ، وهذا مقابل قول المتن : (وبلا
تأقبت) .

قوله : (فتبطل) أي : الهبة المؤقتة كسائر التمليكات .

قوله : (إلا إن كان بعمر المتتهب) أي : إلا إن كان التعليق بعمر المتتهب . . . فإنها لا تبطل ،
وخرج بـ (عمر المتتهب) : عمر الوهاب أو الأجنبي فإنها تبطل أيضاً .

قوله : (كوهبتك هذا عمرك) أي : أو أعمرتك هذا ، أو جعلتها لك عمرك ، أو ما عشت ،
وظاهر كلامهم : أنه لا فرق في الصحة بين العالم بمعنى هذه الألفاظ والجاهل بها ، قال الشارح :
(والذي يتجه أخذاً من قولهم في الطلاق : لا بد من قصد اللفظ لمعناه : أنه لا بد من معرفة معنى
اللفظ ولو بوجه حتى يقصده .

نعم ؛ لا يصدق من أتى بصريح في أنه جاهل بمعناه إلا إن دلت قرينة حاله على ذلك ؛ كعدم
مخالطته لمن يعرف ذلك ، ثم رأيت الأذرع صرح به ^(١) .

لَأَنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا يَمْلِكُ مَا دَامَ حَيًّا ، وَلَا يُوْثَّرُ قَوْلُهُ : وَبَعْدَ مَوْتِكَ يَعُودُ إِلَيَّ ، بَلْ يَلْغُو ذَلِكَ ؛ لِفْسَادِهِ

قوله : (لَأَنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا يَمْلِكُ مَا دَامَ حَيًّا) أي : فَإِنَّ الْأَمْلاكَ كُلَّهَا مَقْدَرَةٌ بِحَيَاةِ الْمَالِكِ ، وَفِي الْخَبَرِ الْمَتَّفِقِ عَلَيْهِ : « الْعُمَرِيُّ مِيرَاثٌ لِأَهْلِهَا »^(١) ، وَفِيهِ أَيْضًا : « مِنْ أَعْمَرِ عُمَرِيٍّ لَهُ وَلَعَقْبُهُ . . فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أُعْطَاهَا ؛ لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ »^(٢) ، وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ وَالنَّسَائِيُّ : « لَا تَعْمَرُوا وَلَا تَرْقُبُوا ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا أَوْ أَعْمَرَهُ . . فَهُوَ لَوْرَثَتِهِ »^(٣) أَي : لَا تَعْمَرُوا وَلَا تَرْقُبُوا طَمَعًا فِي أَنْ يَعُودَ إِلَيْكُمْ ؛ فَإِنْ سَبِيلُهُ الْمِيرَاثُ .

قوله : (وَلَا يُوْثَّرُ) أَي : فِي صَحَّةِ هَذِهِ الْهَبَةِ الَّتِي هِيَ الْعُمَرِيُّ قَوْلَ الْمُعْمَرِ بِكُسْرِ الْمِيمِ الثَّانِيَةِ .
قوله : (وَبَعْدَ مَوْتِكَ يَعُودُ إِلَيَّ) مَقُولُ الْقَوْلِ ، وَمِثْلُ الْعُمَرِيِّ : الرَّقْبِيُّ ؛ كَأَنْ قَالَ : أَرْقَبْتُكَ هَذَا أَوْ جَعَلْتَهُ لَكَ رَقْبِي سِوَاءِ اقْتَصَرْتُ عَلَى ذَلِكَ أَمْ زَادَ : إِنْ مِتُّ قَبْلِي . . عَادَ إِلَيَّ ، وَإِنْ مِتُّ قَبْلَكَ . . اسْتَقَرَّ لَكَ .

قوله : (بَلْ يَلْغُو ذَلِكَ) أَي : الشَّرْطُ .

قوله : (لِفْسَادِهِ) أَي : وَإِنْ ظَنُّ لَزُومِهِ أَوْ صَحَّتْهُ ؛ لِإِطْلَاقِ الْأَحَادِيثِ الصَّحِيحَةِ ، وَمِنْ ثَمَّ : عَدَلُوا بِهِ عَنْ قِيَاسِ سَائِرِ الشَّرُوطِ الْفَاسِدَةِ ؛ إِذْ لَيْسَ لَنَا مَوْضِعٌ يَصْحُحُ فِيهِ الْعَقْدُ مَعَ وَجُودِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ الْمُنَافِي لِمُقْتَضَاهُ إِلَّا هَذَا ؛ وَكَأَنَّهُمْ إِنَّمَا لَمْ يَأْخُذُوا بِقَوْلِ جَابِرِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ : (إِنَّمَا الْعُمَرِيُّ الَّتِي أَجَازَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ وَلَعَقْبِكَ ، فَإِذَا قَالَ : هِيَ لَكَ مَا عَشْتُ . . فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَيَّ صَاحِبِهَا)^(٤) ؛ لِأَنَّهُ قَالَهُ بِحَسَبِ اجْتِهَادِهِ .

وَبِحِثِّ السَّبْكِ تَحْرِيمُ الْعُمَرِيِّ وَالرَّقْبِيِّ ؛ لِلنَّهْيِ الْمَذْكُورِ فِي خَبَرِ أَبِي دَاوُدَ وَالنَّسَائِيِّ وَإِنْ صَحَّ ؛ لِأَحَادِيثٍ أُخْرَى ، لَكِنْ نَظَرَ فِيهِ الشَّارِحُ وَقَالَ : (بَلْ يُؤْخَذُ مِنْ أَحَادِيثِ الصَّحَّةِ ، لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيمَا صَحَّ جَوَازُ فَعْلِهِ أَنْ النَّهْيُ لِلتَّنْزِيهِ)^(٥) ، وَقَالَ جَمْعٌ : أَوْ لِلْإِرْشَادِ وَالنَّصِيحَةِ ؛ حَتَّى لَا يَقَعَ الْآتِي بِهِمَا فِي النَّدَامَةِ فَإِنَّهُ يَتَوَهَّمُ الْعُودُ وَلَا عُدُ ، لَا أَنَّهُمَا فِي حَدِّ ذَاتِهِمَا مَذْمُومَتَانِ شَرْعًا [بِوَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ ، بَلْ حَيْثُ صَدَرَا مِنْ عَارِفٍ بِهِمَا وَبِمَا اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ حُكْمُهُمَا شَرْعًا وَأَنَّهُمَا مِنْ جُمْلَةِ أَفْرَادِ الْهَبَةِ الَّتِي حُكِمَ بِهَا

(١) صحيح مسلم (١٦٢٥/٣١) عن سيدنا جابر رضي الله عنه ، صحيح البخاري (٢٦٢٦) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ : « الْعُمَرِيُّ جَانِزَةٌ » .

(٢) صحيح البخاري (٢٦٢٥) ، صحيح مسلم (١٦٢٥) عن سيدنا جابر رضي الله عنه .

(٣) سنن أبي داود (٣٥٥٦) ، المجتبى (٢٧٣/٦) .

(٤) أخرجه مسلم (١٦٢٥/٢٣) .

(٥) تحفة المحتاج (٣٠٢/٦) .

وكذا تبطل مع التعليق كـ (إذا جاء فلان .. وهبتك) كسائر التمليكات ، وهبة الدين للمدين إبراء له منه ،

الندب كما هو ظاهر ، وأتى بهما تقرباً إلى الله تعالى امثالاً للأمر الندي كان مثاباً عليهما ، تأمل .
قوله : (وكذا تبطل) أي : الهبة .

قوله : (مع التعليق) أي : بغير نحو المشيئة ، فلو قال : وهبتك إن شئت بفتح التاء .. صح ؛ لأنه تعليق بالواقع فهو تصريح بمقتضى العقد ، بل لو قال : إن شئت وهبتك كذا .. صح أيضاً على ما مر عن الشارح وشيخ الإسلام ، لكن خالفهما جمع فقالوا بعدم الصحة ؛ لأن في تقديم المشيئة تعليق أصل الهبة ، وفي تأخيرها تعليق تمامه .

قوله : (كإذا جاء فلان .. وهبتك) تمثيل لتعليق الهبة .

قوله : (كسائر التمليكات) أي : فإنها تبطل بالتعليق ، ومثله الشرط ؛ كوهبتك كذا بشرط أن تشتري به كذا فإنها تبطل ؛ لأنه لم يطلق له التصرف .

قال في « الفتح » : (وفارق ما لو أعطاه درهماً وقال له : اشتر لك به عمامة أو اغسل به ثيابك مثلاً فإن أطلق أو قصد إرفاقه .. تعين صرفه فيما عينه وإن ملكه ؛ مراعاة لغرضه ، وإن قصد التبسط المعتاد .. تصرف فيه كيف شاء بأن ذاك عقد مستقل عقب بشرط يخالف مقتضاه ، بخلاف هذا فإنه وضع على الخصوص من أول مرة ، وإنما جاز لشاهد احتاج لمركوب فأعطى أجرته صرفها لغيره ؛ لأنه استحقها أجرة لا من باب البر والإكرام حتى يراعى [غرض] الدافع) تأمل^(١) .

قوله : (وهبة الدين) مبتدأ ، خبره (إبراء ..) إلخ ، وقيد في « التحفة » و« النهاية » الدين بالاستقرار^(٢) ؛ قيل : لإخراج نحو نجوم الكتابة ، لكن قال (ع ش) : (الظاهر : أن التقييد به ؛ للخلاف في هبة الدين لغير من هو عليه ، بخلاف غير المستقر فإنه لا تصح هبته لغير من هو عليه قطعاً ؛ وإلا .. فنجوم الكتابة يصح الإبراء منها فينبغي صحة هبتها للمكاتب)^(٣) .

قوله : (للمدين) أي : أو التصديق به عليه .

قوله : (إبراء له منه) أي : للمدين من الدين ، فلفظ الهبة أو التصديق صريح في الإبراء ، بخلاف نحو الترك ؛ كأن يقول : تركت الدين لك ، أو : لا آخذه منك .. فإنه كناية إبراء على المعتمد ، خلافاً لمن زعم أنه صريح فيه أيضاً .

(١) فتح الجواد (١/٦٢٦) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٣٠٤) ، نهاية المحتاج (٥/٤١٣) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٥/٤١٣) .

فلا يحتاجُ إلى القبولِ ؛ نظراً للمعنى . (وَمَا يُنْقَلُ) أي : يُبْعَثُ بلا عوضٍ إلى محلٍّ آخرَ (إِكْرَاماً)
لَهُ (هَدِيَّةً ،)

قوله : (فلا يحتاج) أي : هبة الدين للمدين .

قوله : (إلى القبول) أي : قبول الموهوب له ؛ وهو المدين .

قوله : (نظراً للمعنى) أي : وهو الإبراء فإنه لا يحتاج إلى قبول المبرأ له ، وأما هبة الدين لغير المدين . . ففيها خلاف ؛ اعتمد جماعة الصحة إن علما قدره ؛ كبيعه له بل أولى ، وآخرون البطلان وإن كان المرجح هناك الصحة ، والفرق بينهما : أن إيراد عقد البيع على ما في الذمة يتضمن التزام تحصيله للمشتري في مقابلة الثمن ، ومن ثم : اشترط في الدين ما مر ، والتزام ما فيها صحيح ، بخلاف إيراد عقد الهبة ؛ فإنه لما لم يتضمن ذلك . . كان بالوعد أشبه ، وعلى الصحة قيل : لا تلزم إلا بالقبض ، وقيل : لا تتوقف عليه ، فعليه : قيل : تلزم بنفس العقد ، وقيل : لا بد بعد العقد من الإذن في القبض ، ويكون كالتخيلة فيما لا يمكن نقله ، والذي استوجهه في « التحفة » هو الأول^(١) ؛ أخذاً من اشتراطهم القبض الحقيقي هنا فلا يملكه إلا بعد قبضه بإذن الواهب .

قوله : (وما ينقل ؛ أي : يبعث) بالبناء للمفعول ؛ أي : نقله المملك .

قوله : (بلا عوض إلى محل آخر) أي : وهو مكان المهدى إليه .

قوله : (إكراماً له) أي : وتلطفاً به ، قال السبكي : الظاهر : أن الإكرام ليس شرطاً ، والشرط هو النقل ، واعترض ما قاله بأن قيد الإكرام لإخراج الرشوة وما يعطى للشاعر ؛ خوفاً من هجوه ونحوهما ، وأجيب بأنهما خرجا بقولهم : (هي تمليك) ما ينقل ؛ إذ كل من هذين لا تمليك فيه فصح أن قولهم : (إكراماً) للغالب إن أرادوا قصده ، وإلا . . فهو لبيان أن من شأن النقل الإكرام ، فليتأمل .

قوله : (هدية) خبر (وما ينقل . . .) إلخ ، فلا دخل لها فيما لا ينقل كالعقار ، فلا يقال : أهدي إليه داراً ولا أرضاً ، واستشكل بأنهم صرحوا في (باب النذر) بما يخالفه حيث قالوا : لو قال : لله علي ؛ أن أهدي هذا البيت أو الأرض أو نحوهما مما لا ينقل . . صح وباعه ونقل ثمنه لفقراء الحرم ، وأجيب بأن الهدى وإن كان من الهدية ، لكنهم توسعوا فيه بتخصيصه بالإهداء إلى فقراء الحرم وبتعميمه في المنقول وغيره ، ولهذا أفردوا الهدى ولم يدخلوه في هذا الباب ، ولو نذر الهدى . . انصرف إلى الحرم ولم يحمل على الهدية إلى فقير ، تدبر .

وَمَا يُعْطَى (بِلاَ عوضٍ لله تعالى ؛ أي : (عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَى) ولو لغني (صَدَقَةً) فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِمَا صِيغَةُ ولو في غيرِ الْمُطْعومِ ؛ لِمَا جَرَى عَلَيْهِ النَّاسُ فِي الْأَعْصَارِ مِنَ الْإِكْتِفَاءِ فِيهِمَا بِمَا ذُكِرَ . . .

قوله : (وما يعطى بلا عوض لله تعالى) أي : لأجله .

قوله : (أي : على وجه القرية) له تعالى .

قوله : (ولو لغني) أي : فلا فرق بين كون المعطى له فقيراً وغيره ، ولم يقيد بالمحتاج كما فعله جماعة ، قال في «الفتح» : (لما نبه عليه السبكي أخذاً من كلام «المجموع» وغيره من أن الحاجة لا تعتبر قيداً ، بل كونها لمحتاج هو أظهر أنواعها والغالب منه ، فلا مفهوم له ، قال : وتمليك محتاج لا مع استحضار ثواب صدقة أيضاً ؛ فالشرط إما الحاجة ، أو قصد الثواب ، وتبعه الزركشي وغيره ، وعليه : فتمليك غني لا لله هبة خاصة إن وجد شرطها ، أو هدية إن وجد شرطها ، وإلا . . فهو عقد يشبه الصدقة ، وليس بصدقة حقيقية (تأمل^(١) .

قوله : (صدقة) خبر (وما يعطى . . .) إلخ ، وهي أفضل الثلاثة ، ثم الهدية على ما بحثه السيد عمر البصري ؛ لورود الآثار في الحض عليها لا سيما بالنسبة للمسافر ، فليراجع .

قوله : (فلا يشترط فيهما) أي : الهدية والصدقة ؛ تفريع على ما تضمنته تعريفهما مع تعريف الهبة السابق .

قوله : (صيغة) أي : إيجاب وقبول ، بل يكفي في الهدية البعث من جهة المهدى ، والقبض من جهة المهدى إليه ، وفي الصدقة الإعطاء من جهة المتصدق والقبض من الآخذ ، ويكون ذلك بمنزلة الإيجاب والقبول فيهما .

قوله : (ولو في غير المطعوم) خلافاً لمن خص ذلك بالمطعوم ، قال في «الأسنى» : (روى الطبراني عن عمار بن ياسر رضي الله تعالى عنهما : «أنه صلى الله عليه وسلم كان لا يأكل هدية حتى يأمر صاحبها أن يأكل منها ؛ للشاة التي أهديت إليه - يعني : المسمومة - بخير» ، وهو أصل لما يعتاده الملوك في ذلك حتى يلتحق بهم من في معانهم^(٢) .

قوله : (لما جرى عليه الناس في الأعصار) تعليل لقوله : (فلا يشترط . . .) إلخ .

قوله : (من الاكتفاء فيهما) أي : الهدية والصدقة .

قوله : (بما ذكر) أي : البعث أو الإعطاء مع القبض ؛ وقد أهدى الملوك إليه صلى الله عليه وسلم الكسوة والدواب والجواري ، وفي «الصحيحين» : كان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة

(١) فتح الجواد (١/٦٢٨) .

(٢) أسنى المطالب (٢/٤٧٩) .

(وَإِنَّمَا يُمْلِكُ كُلٌّ) مِنْ آلِهَةٍ وَالْهَدِيَّةِ وَالصَّدَقَةِ (بِقَبْضٍ) لِأَنَّهَا عَقُودُ إِرْفَاقٍ

رضي الله تعالى عنها وعن أبيها^(١) ، ولم ينقل إيجاب وقبول ، بل كانوا يبعثون الهدايا والصدقات على أيدي الصبيان الذين لا تصح عقودهم ، لا يقال : إن ذلك إباحة لا هدية ؛ لأننا نقول : لو كان إباحة . . لما تصرفوا فيه تصرف الملاك ، ومعلوم : أنه ليس كذلك .

ومن الهدايا كتاب الرسالة إن لم يشترط كاتبه كتابة الجواب على ظهره ، وإلا ؛ كأن كتب فيه : واكتب الجواب على ظهره . . لزم المكتوب إليه رده إليه ؛ لأن الكتاب غير مقصود ، وإنما المقصود ما فيه فهو كطبق الهدية .

نعم ؛ لا يلزمه كما قاله بعض المحققين كتابة الجواب إلا أن يكون الكاتب واجب الطاعة ؛ كالأب ونحو الأمير ، قال : (ولو كان فيه سر . . لم يجز للمكتوب إليه إذاعته وإطلاع الغير عليه ولا على الصحيفة ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من نظر في كتاب أخيه بغير إذنه . . فإنه ينظر في النار » رواه أبو داود^(٢) ، ولو قرأ المكتوب إليه الكتاب وألقاه أو وجد في تركته . . لم تحل أيضاً ؛ لاحتمال أن يكون فيه سرٌّ للكاتب لا يحبُّ الإطلاع عليه) انتهى .

قوله : (وَإِنَّمَا يُمْلِكُ) بالبناء للمفعول .

قوله : (كل من الهبة والهدية والصدقة) أي : غير الضمنية وذات الثواب .

قوله : (بقبض) أي : فلا يملك بمجرد العقد ، قال في « التحفة » : (ولو من أب لولده الصغير ، ونقل ابن عبد البر إجماع الفقهاء : أنه يكفي هنا الإشهاد ؛ لعله يريد فقهاء مذهبه)^(٣) أي : المالكية .

قوله : (لأنها) أي : الهبة بالمعنى الأعم .

قوله : (عقود إرفاق) أي : فلا بد في ثبوت الملك من القبض كالقرض ؛ وإلا . . لما قال أبو بكر في مرضه لعائشة رضي الله تعالى عنهما فيما نحلها من عشرين وسقاً : (وددت أنك حزته أو قبضته ، وإنما هو اليوم مال الوارث) رواه مالك^(٤) ، وروى الحاكم نحوه عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، ولا يعرف لهم مخالف ، فهو إجماع سكوتي ، ولأنه صلى الله عليه وسلم (أهدى إلى النجاشي مسكاً فتوفي قبل أن تصل إليه فقسمه صلى الله عليه وسلم بين نسائه)

(١) صحيح البخاري (٢٥٧٤) ، صحيح مسلم (٢٤٤١) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها .

(٢) سنن أبي داود (١٤٨٥) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٣) تحفة المحتاج (٣٠٥/٦) .

(٤) الموطأ (٧٥٢/٢) .

كَالْقَبْضِ لِلْمَبِيعِ ، ثُمَّ إِنَّ أَقْبَضَهُ الْوَاهِبُ ، أَوْ أَرْسَلَهُ الْمَهْدِي ، أَوْ أَعْطَاهُ الْمُتَصَدِّقُ .. لم يحتج إلى إِذْنِهِ ؛ وَإِلَّا .. أَحْتِجَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ قَبْضَ بِلَا إِذْنٍ وَلَا إِقْبَاضٍ .. لم يملكه ودخل في ضمانه ،

رواه الحاكم بإسناد صحيح^(١) ، ويقاس بالهدية الباقي .

قوله : (كَالْقَبْضِ لِلْمَبِيعِ) خبر مبتدأ محذوف ؛ أي : والقبض هنا كَالْقَبْضِ لِلْمَبِيعِ بتفصيله السابق ، فلا بد من إمكان السير إليه إن كان غائباً .

قوله : (ثُمَّ إِنَّ أَقْبَضَهُ) أي : الموهوب .

قوله : (الْوَاهِبِ) أي : أو وكيله ، وكذا يقال في المهدي والمتصدق ، (لم يحتج إلى إِذْنِهِ) أي : فيعتد بقبض الموهوب له حيثنذ .

قوله : (وَإِلَّا) أي : وإن لم يقبضه الواهب ... إلخ .

قوله : (أَحْتِجَ إِلَيْهِ) أي : إلى إِذْنِهِ بعد العقد ، فلو قال : وهبتك هذه وأذنت لك في قبضها فقال المتهم : قبلت .. صحَّ العقد ، ولا يكفي ذلك الإِذْنُ ، ولهذا في غير الضماني ؛ كأعنت عني فأعنته فإنه يعتق عنه ويسقط القبض ، وقال الأذرعى : يحصل الملك فيها بالقبض التقديري . « حاشية الروض »^(٢) .

قوله : (فَإِنْ قَبْضَ) أي : المتهم الموهوب .

قوله : (بِلَا إِذْنٍ وَلَا إِقْبَاضٍ) أي : من الواهب أو وكيله .

قوله : (لَمْ يَمْلِكْهُ) أي : الموهوب .

قوله : (ودخل في ضمانه) أي : المتهم سواء قبضه في مجلس العقد أم بعده ، قال في « التحفة » : (ولو أذن ورجع عن الإِذْنِ أو جُنَّ أو أغمي أو حجر عليه أو مات أحدهما قبل القبض .. بطل الإِذْنُ ، ولو قبضه فقال الواهب : رجعت عن الإِذْنِ قبله ، وقال المتهم : بعده .. صدق الواهب على ما استظهره الأذرعى من تردد له في ذلك ، وله احتمال بتصدق المتهم ؛ لأن الأصل : عدم الرجوع قبله ، وهو قريب ، ثم رأيت أن هذا هو المنقول كما ذكرته في « شرح الإرشاد » في « باب الرهن »^(٣) .

قال (ع ش) : (ظاهره : وإن اتفقا على وقت الرجوع واختلفا في وقت القبض ، ولو قيل : بمجيء تفصيل الرجعة فيه .. لم يبعد ، فيقال : إن اتفقا على وقت القبض واختلفا في وقت

(١) المستدرك (١٨٨/٢) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٨٢/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٠٦-٣٠٧) .

ومرّ بيانُ القبضِ في البيعِ . نعم ؛ لا يكفي هُنَا الإِتْلَافُ ولو بإذِنِ الْوَاهِبِ ولا أَلْوَضْعُ بَيْنَ يَدَيِ
الْمَتَّهِبِ بِلَا إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَحَقِّ الْقَبْضِ

الرجوع . . صدق المتَّهَبُ ، وفي عكسه يصدق الواهب ، وفيما إذا لم يتفقا على شيء . . يصدق
السابق بالدعوى وإن ادعى معاً صدق المتَّهَبُ (تأمل^(١)) .

قوله : (ومر بيان القبض في البيع) أي : في (فصل : في أحكام المبيع قبل قبضه) ، فيجري
ما فصلوه ثم هنا .

قوله : (نعم ؛ لا يكفي هنا) أي : في قبض الموهوب .

قوله : (الإِتْلَاف) أي : إتلاف المتَّهَبِ للموهوب ، بخلاف المشتري إذا أتلف المبيع فإنه قبض
له كما مر ؛ لأنه أتلف ملكه .

قوله : (ولو بإذن الواهب) الغاية للتعميم ؛ أي : سواء أتلفه بإذن الواهب أم لا كما صرح به
الخوارزمي ، إلا إن أذن له في الأكل أو العتق عنه ففعل ، أو أمر المتَّهَبِ الواهب بإعتاقه فأعتقه
عنه . . فإنه قبض ، ويقدر أنه ملكه قبل الازدراء والعتق كما في « الأسنى » وغيره^(٢) ، لكن قال (ع
ش) : (قياس المعتمد في الضيافة من الملك بالوضع في الفم : أن يقدر انتقاله إليه هنا قبيل الوضع
في الفم والتلفظ بالصيغة)^(٣) أي : صيغة العتق ، فليتأمل .

قوله : (ولا الوضع) أي : ولا يكفي هنا أيضاً وضع الموهوب (بين يدي . . .) إلخ ، فهو
معطوف على (الإِتْلَاف) .

قوله : (لأنه) أي : الموهوب .

قوله : (غير مستحق القبض) أي : كالوديعة ، فاعتبر تحققه بخلاف المبيع^(٤) ، وظاهر كلامه
هنا : شموله للهدية ، وفي « التحفة » ما يصرح به قال : (ويبحث بعضهم الاكتفاء به - أي : الوضع
- في الهدية فيه نظر وإن تسومح فيها بعدم الصيغة) ، ونحوه في « النهاية »^(٥) ، قال الشرواني :
(لعل الخلاف إنما هو بالنسبة لأحكام الدنيا فقط ، فلو تصرف المهدى إليه في الهدية المذكورة . .
فلا يطالب بها في الآخرة ، فليراجع)^(٦) .

(١) حاشية الشبراملي (٤١٥/٥) .

(٢) أسنى المطالب (٤٨٣/٢) .

(٣) حاشية الشبراملي (٤١٤/٥) .

(٤) في الأصل : (البيع) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٥) تحفة المحتاج (٣٠٦/٦) ، نهاية المحتاج (٤١٤/٥) .

(٦) حاشية الشرواني (٣٠٦/٦) .

ويقوم وارث الواهب مقامه في الإقباض والإذن في القبض ، ووارث المتهب مقامه في القبض ، فعلم أن موت العاقد لا يفسخ العقد ؛ لأنه يؤول إلى اللزوم كالبيع ، ولو مات أحدهما قبل أن يقبض الرسول . . . امتنع عليه الإقباض . . .

قوله : (ويقوم وارث الواهب) بالمعنى الأعم الشامل للهدية والصدقة على الأوجه ، قاله في « التحفة »^(١) .

قوله : (مقامه في الإقباض والإذن في القبض) لأنه خليفته .

قوله : (ووارث المتهب) عطف على (وارث الواهب) .

قوله : (مقامه في القبض) أي : للموهوب ؛ فيتخير وارث الواهب في الإقباض والإذن ، ووارث المتهب في القبض إن قبضه الواهب أو وارثه .

قوله : (فعلم) أي : من قولنا : (ويقوم . . .) إلخ .

قوله : (أن موت العاقد) أي : الواهب والمتهب أو أحدهما كما فهم بالأولى .

قوله : (لا يفسخ العقد) أي : عقد الهبة ، هذا هو الراجح ، وقيل : يفسخ بالموت ؛ لجوازه كالشركة ، وسيأتي ما يردده .

قوله : (لأنه) أي : عقد الهبة ؛ تعليل لعدم انفساخه بالموت .

قوله : (يؤول إلى اللزوم كالبيع) أي : بخلاف نحو الشركة والوكالة ، قال في « الفتح » : (ويؤخذ من قولهم : إنه يؤول إلى اللزوم : أنه كما يصح هنا إبطال العقد بنحو البيع يصح بالقول أيضاً ؛ كرجعت عنه ، وفسخته ؛ كالبيع في زمن الخيار ، ويفرق بينه وبين ما يأتي في هبة الأصل من أن شرط صحة نحو البيع سبق الرجوع بالقول ؛ بأن العقد ثم فلا بد من مبطل له قوي ، وهنا لم يتم فأبطله القول وحده ، ونحو البيع وإن لم يسبقه رجوع) تأمل^(٢) .

قوله : (ولو مات أحدهما) أي : الواهب والمتهب بالمعنى الأعم الشامل للهدية والصدقة كما مر عن « التحفة » .

قوله : (قبل أن يقبض الرسول) أي : للموهوب مثلاً ، فهو من الإقباض .

قوله : (امتنع عليه) أي : الرسول .

قوله : (الإقباض) أي : إلى المتهب أو وارثه .

(١) تحفة المحتاج (٣٠٧/٦) .

(٢) فتح الجواد (٦٢٧/١) .

إِلَّا بِإِذْنٍ جَدِيدٍ . (وَلَأَصْلُ) أَبٍ أَوْ أُمٍّ ، وَأَصْلُ كُلِّ مِنْهُمَا وَإِنْ عَلَا (فَعَلَّ أَحَدَهَا) أَي : الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ (لِفَرْعِهِ) وَإِنْ سَفَلَ (رُجُوعٌ) وَلَوْ بَعْدَ الْقَبْضِ وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا صَغِيرًا ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ :

قوله : (إِلَّا بِإِذْنٍ جَدِيدٍ) أَي : من الواهب أو وارثه ، وأخذ من كون الهبة تؤول إلى اللزوم : تضعيف قول بعضهم : إن الهدية تنفسخ بالموت قبل وصولها قولاً واحداً ؛ لعدم القبول ، ووجه ضعفه : أن المدار ليس على القبول ، بل على الأيلولة للزوم ، وهو جار في الهدية والصدقة أيضاً ، فليتأمل .

قوله : (وَلَأَصْلُ) أَي : يجوز له .

قوله : (أَبٍ أَوْ أُمٍّ) اتفاقاً فيهما .

قوله : (وَأَصْلُ كُلِّ مِنْهُمَا) أَي : الأب والأم على المشهور .

قوله : (وَإِنْ عَلَا) خرج به (الأصول) : غيرهم ؛ كالأخوة والأعمام .

قوله : (فَعَلَّ أَحَدَهَا) أَي : الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ) أَي : الهبة والهدية والصدقة ، وخرج بها : نحو الإبراء سواء قلنا : إنه إسقاط أم تملك ؛ إذ لا بقاء للدين ؛ فأشبه ما لو وهبه شيئاً فتلف ، والصدقة الواجبة ؛ كزكاة وكفارة وفدية كما صرح به البلقيني ؛ لأن الحق فيها بطريق الأصالة لله تعالى فلم يبق للمعطي [تصرفاً] فيها بعد ما وجد منه الإعطاء ، قال : وكذا لو أرسل إليه لحم أضحية تطوع ؛ لأنه إنما يرجع ليستقل بالتصرف وهو فيه ممتنع ، لكن رده تلميذه الولي العراقي بأنه لا يتعين البيع ونحوه ؛ فقد يتصرف فيه بالأكل أو بإهدائه أو بالتصدق به على غيره ، تدبر .

قوله : (لِفَرْعِهِ وَإِنْ سَفَلَ) أَي : من الجهتين .

قوله : (رُجُوعٌ) أَي : من غير توقف على حكم حاكم به .

قوله : (وَلَوْ بَعْدَ الْقَبْضِ) أَي : قبض الفرع للموهوب .

قوله : (وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا صَغِيرًا) أَي : أو مخالفاً له ديناً كما في «التحفة» وغيره^(١) ، قال (ع ش) : (وإنما نص عليه ؛ لثلاثتهم امتناع الرجوع مع اختلاف الدين للعداوة بينهما)^(٢) .

قوله : (لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ...) إلخ ، دليل لجواز الرجوع للأصل في هبة الفرع ، والحديث رواه الترمذي والحاكم وصحاحه^(٣) .

(١) تحفة المحتاج (٣٠٩/٦) ، نهاية المحتاج (٤١٦/٥) .

(٢) حاشية الشيرازي (٤١٦/٥) .

(٣) سنن الترمذي (٢١٣٢) ، المستدرک (٤٦/٢) .

« لا يحل لأحد أن يعطي عطية ، أو يهب هبة فيرجع فيها إلا لألوالد فيما يعطي ولدته » ، ولانتفاء التهمة عنه ؛ لو فور شفقتة . ولو وهب لولده ثم مات ،

قوله : (« لا يحل لأحد ») كذا في « الفتح »^(١) ، والذي في « التحفة » وغيرها : (لرجل)^(٢) ولعلمهما روايتان ، فليراجع .

قوله : (« أن يعطي عطية أو يهب هبة ») الظاهر : أنه شك من الراوي ، فليراجع .

قوله : (« فيرجع فيها ») أي : العطية أو الهبة .

قوله : (« إلا الوالد فيما يعطي ولده ») أي : فيحل له ذلك ، والوالد يشمل كل الأصول إن حمل اللفظ على حقيقته ومجازه ، وإلا . . الحق به بقية الأصول ؛ بجامع أن لكل ولادة كما في النفقة وحصول العتق وسقوط القود ، وأما الحديث الذي صححه الحاكم : « من وهب هبته . . فهو أحق بها ما لم يثب منها »^(٣) . . فيحمل على الأصول ؛ جمعاً بين الدليلين ، على أن الدارقطني والبيهقي رداً تصحيح الحاكم له بأنه وهم ، وإنما هو أثر عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ، تدبر^(٤) .

قوله : (ولانتفاء التهمة عنه) أي : الأصل ، عطف على (لقوله صلى الله عليه وسلم) فهو دليل أيضاً لذلك ، لكنه في الحقيقة حكمة فلا يجب اطرادها .

قوله : (لو فور شفقتة) أي : على الفرع ؛ فإن ما طبع عليه من إثارة على نفسه يقضي بأنه إنما رجع لحاجة أو مصلحة ، ويكره له الرجوع إلا لعذر ؛ كأن كان الولد عاقاً ، أو يصرفه في معصية . . فليندره به ، فإن أصر . . لم يكره كما قاله الشيخان ، وبحث الجمال الأسنوي ندبه في العاصي ، وكرهته في العاق إن زاد عقوقه ، وندبه إن أزاله ، وإباحته إن لم يفد شيئاً ، والشهاب الأذرعى عدم كراهته إن احتاج الأب له لنفقة أو دين ، بل ندبه إن كان الولد غنياً عنه ، ووجوبه في العاصي إن تعين طريقاً في ظنه إلى كفه عن المعصية . انتهى « تحفة »^(٥) .

قوله : (ولو وهب) أي : الأب .

قوله : (لولده ثم مات) أي : الواهب .

(١) فتح الجواد (١/٦٢٨) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٣٠٩) .

(٣) المستدرک (٢/٥٢) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٤) سنن الدارقطني (٣/٤٣) ، السنن الكبرى (٦/١٨٠) .

(٥) تحفة المحتاج (٦/٣٠٩) .

ولم يرثه إلا جَدُّ أُلُودِهِ . . لم يرجع الجَدُّ في آلهية ؛ لأنَّ الحقوقَ لا تُورَثُ وحدَها وإنما تُورَثُ بتبعيةِ المالِ ، وهو لا يرثه . وإنما يرجعُ (بِاللَّفْظِ) لا بالتَصَرُّفِ كَالْبَيْعِ وَالْعَتَقِ ؛ لأنَّه ملكُ الْفَرْعِ ، فَلَا ينفذُ تَصَرُّفُ الْأَصْلِ فِيهِ

قوله : (ولم يرثه إلا . . .) إلخ ؛ يعني : لم يرثه الولد لمانع قام به ؛ كاختلاف الدين ، وإنما ورثه جد الولد .

قوله : (لم يرجع الجد) أي : الحائز للميراث .

قوله : (في الهبة) أي : الموهوب لذلك الولد .

قوله : (لأن الحقوق . . .) إلخ ، تعليل لعدم الرجوع فيها .

قوله : (وإنما تورث بتبعية المال . . .) إلخ مراده بـ (المال) : الموهوب ، فإن لم يرث الموهوب . . فلا رجوع له فيه . « حواشي الروض »^(١) .

قوله : (وإنما يرجع) أي : الأصل فيما وهبه للفرع ؛ دخول على المتن .

قوله : (باللفظ) أي : الصريح أو الكناية مع النية ، وكل منهما يحصل الرجوع وإن كان الأصل قد أسقط حق الرجوع ؛ لتعلق حقه بالعين فيدوم بدوام بقائها في ولاية الفرع .

قوله : (لا بالتصرف) أي : فلا يحصل الرجوع بالتصرف في الموهوب على الأصح ، وقيل : يحصل به ؛ كما في البيع في زمن الخيار ، وسيأتي الجواب عنه .

قوله : (كالبيع والعتق) أي : والوقف والهبة مع القبض والإتلاف والوطء والإيلاد .

قوله : (لأنه) أي : الموهوب ؛ تعليل لعدم حصول الرجوع بمجرد التصرف .

قوله : (ملك الفرع) أي : ملكاً كاملاً فلم يقو الفعل الذي هو مجرد التصرف على إزالته ، وبه فارق انفساخ البيع بالتصرف في المبيع في زمن الخيار ، قال جمع : لأن الملك فيه ضعيف ، قال بعض المحققين : (ولعل المراد بـ « الضعف » : ما يشمل العدم ؛ لأنه لا ملك للمشتري في المبيع زمن خيار البائع وحده ، ويمكن أن يراد بـ « الملك » هنا : ما حصل بالعقد وإن امتنع التصرف ؛ لضعفه ، وقولهم : « الملك لمن انفرد بالخيار » أي : الملك الذي ينبني عليه التصرف ؛ ويدل على هذا : أنه بعد الإجازة لم يحصل عقد آخر وليست هي عقداً ، تدبر »^(٢) .

قوله : (فلا ينفذ تصرف الأصل فيه) أي : في ملك الفرع المذكور .

(١) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٨٤/٢) .

(٢) انظر « حاشية الشرييني على الغرر » (٤٦٨/٦) .

قَبْلَ الرُّجُوعِ بِاللَّفْظِ (كَرَجَعْتُ) فِي الْهَبَةِ ، وَنَقَضْتُهَا وَنَحْوَهُمَا ، (لَا مَعَ تَعَلُّقٍ حَقٍّ لَازِمٍ بِهِ) أَيِ :
الْمُوهُوبِ ؛ كَأَنَّهُ وَهَبَهُ الْفَرعَ مِنْ غَيْرِهِ وَأَقْبَضَهُ ؛ لِعَدَمِ بَقَاءِ سُلْطَنَتِهِ عَلَيْهِ ،

قوله : (قبل الرجوع باللفظ) أي : الصريح أو الكناية مع النية ، بل يلزم الوالد بالوطء مهر
المثل ، وبالإتلاف والإيلاد القيمة وتلغو البقية ، والوطء حرام وإن قصد به الرجوع ؛ لاستحالة
إباحته لاثنتين ، لكن لا حدًّا عليه ؛ لشبهة الخلاف ، وتحريم به الأمة على الولد ؛ لأنها موطوءة
والده ، وتحريم الموطوءة التي وطئها عليهما معاً كما هو معلوم مما ذكره في (النكاح) .

قوله : (كرجعت في الهبة) تمثيل للفظ الرجوع فيها .

قوله : (ونقضتها) أي : الهبة ، والواو بمعنى : (أو) .

قوله : (ونحوهما) أي : كأبطلت الهبة ، أو ارتجعت الموهوب ، أو استردته ، أو رددته إلى
ملكي ، وكلها صرائح ؛ كأخذته وقبضته ، ونقل عن البندنجي وأبي حامد أن كل ما كان رجوعاً في
الفلس كان رجوعاً في الهبة ، وما لا فلا ، ثم الموهوب بعد الرجوع فيه من غير استرداد له أمانة في
يد الولد ؛ لأنه لم يأخذه بحكم الضمان ، وبه فارق يد المشتري بعد الفسخ ، ولا يصح تعليق
الرجوع بشرط ؛ لأن الفسخ لا يقبل التعليق ، وكذا التقايل والتفاسخ في الهبة التي لا رجوع فيها كما
جزم به جمع ؛ لأن صيغة الإقالة إنما تستعمل في المتقاييل ولا تقايل ههنا ، تأمل .

قوله : (لا مع تعلق حق لازم به ؛ أي : الموهوب) هذا إشارة إلى شرط جواز الرجوع ،
وحاصله : ألا يتعلق به حق لازم ، وألاً يزول ملك الفرع عنه ، وألاً يستهلك ، ولم يذكر هذا
الأخير ؛ وذلك كأن تفرخ البيض أو نبت الحب . . فلا رجوع حينئذ على المعتمد ، قال في «الفتح» :
(وفارق ما مر في الفلس بأن حق البائع أكد من حق الأصل ، وفي الغصب بأن الغاصب متعد لا ملك
له فلا يفيد هذا التغيير حدوث ملك)^(١) أي : فلا يمنع استهلاكه حق^(٢) المالك بالكلية ، تأمل .

قوله : (كأن وهبه الفرع من غيره وأقبضه) أي : أو أرهنه كذلك . . فلا رجوع حينئذ .

قوله : (لعدم بقاء سلطنته) أي : الفرع .

قوله : (عليه) أي : الموهوب ، وصيانة لملك غيره ، قال الزركشي : وينبغي أن يستثنى منه ما لو
كان الأب هو المرتهن . . فله الرجوع ؛ لأن المانع منه في صورة الأجنبي - وهو إبطال حقه - منتف
ههنا ، ولهذا : صححوا بيعه من المرتهن دون غيره ، وبما بحثه جزم بعضهم ، واعتمده في «الفتح»^(٣) .

(١) فتح الجواد (١ / ٦٢٩) .

(٢) في الأصل : (استهلاك حقه) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) فتح الجواد (١ / ٦٢٩) .

وَكَاَنَّ حُجَرَ عَلَيْهِ بِفَلْسٍ أَوْ جَنَى الْمَوْهوبُ وَتَعَلَّقَ الْأَرْضُ بِرَقَبَتِهِ . وَأَفْهَمَ قَوْلِي : (مَعَ) أَنَّهُ إِذَا أَنْفَكَ . . يَرْجِعُ الْأَصْلُ ؛ لِزَوَالِ الْمَانِعِ (أَوْ) مَعَ (زَوَالِ مِلْكِهِ) أَيِ : الْفَرْعِ عَنِ الْمَوْهوبِ بِنَحْوِ تَلْفٍ ، أَوْ بَيْعٍ

قوله : (وكان حجر عليه) أي : الفرع .

قوله : (بفلس) أي : كما في الرهن ، بخلاف حجره بسفه ، لأنه لم يتعلق به حق غيره ، قال في « الأسنى » : (ولو جن الأب . . لم يصح رجوعه حال جنونه ولا رجوع لوليه ، بل إذا أفاق . . له الرجوع ، ذكره القاضي أبو الطيب) انتهى^(١) .

قوله : (أو جنى الموهوب) أي : العبد الموهوب .

قوله : (وتعلق الأرض برقبته) أي : فيمتنع الرجوع ما لم يؤده الرافع أو المتهب كما هو ظاهر ، قال في « الفتح » : (ويمكن الأصل من فدائه ليرجع فيه ، كذا أطلقه في « الروضة » ، وظاهره : أنه يمكن من فدائه بأقل الأمرين ، لكن الذي في « الإسهاد » كـ « شرح البهجة » لشيخنا : أنه لا يمكن منه إلا بكل الأرض ، بخلاف المرهون ؛ لما يلزم عليه من إبطال تصرف المتهب .

نعم ؛ له أن يفديه بكل الدين ؛ لأن له أن يقضي دين الأجنبي ، لكن بشرط رضا الغريم ، ويفرق بين هذا وما مر في الجاني على ما في « الروضة » بما تقرر : أن هنا تصرفاً من المتهب فاحتطنا له ولم نبطله إلا بوفاء كل الدين [مع رضاه] ، وأما في الجاني . . فليس فيه ذلك فمكن من فدائه بالأقل وإن لم يرض المجني عليه) تأمل^(٢) .

قوله : (وأفهم قولي : « مع ») أي : المفيدة لتقييد امتناع الرجوع^(٣) عند مصاحبة تعلق الحق به .

قوله : (أنه إذا انفك) أي : تعلق الحق اللازم بالموهوب .

قوله : (يرجع الأصل) أي : يجوز له حينئذ الرجوع .

قوله : (لزوال المانع) أي : من الرجوع ؛ وهو تعلق الحق به .

قوله : (أو مع زوال ملكه ؛ أي : الفرع عن الموهوب) أي : فيمتنع الرجوع حينئذ ، وخرج به (زواله) : ما لو لم يزل وإن أشرف على الزوال ؛ كما لو ضاع فالتقطه ملتقط وعرفه سنة ولم يملكه فحضر المالك وسلمه له . . فلأبيه الرجوع فيه .

قوله : (بنحو تلف أو بيع) أي : لكاه ولو من الواهب ، قال في « التحفة » : (وكذا بعضه

(١) أسنى المطالب (٤٨٤/٢) .

(٢) فتح الجواد (٦٢٩/١) .

(٣) في الأصل : (الوجود) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

لم يرجع الأول ؛ لأنَّ المِلْكَ غيرُ مستفادٍ منه .

قوله : (لم يرجع الأول) أي : في الأصح ؛ كما في « المغني » قال : (ولو باعه من ابنه أو انتقل بموته إليه . . لم يرجع الأب قطعاً ؛ لأن ابنه لا رجوع له فالأب أولى)^(١) .

قوله : (لأن الملك) أي : ملك فرع الفرع أو أخيه .

قوله : (غير مستفاد منه) أي : الأصل الأول ، وظاهر إطلاقه : وإن رجع الفرع من فرعه ، وهو الذي اعتمده في « التحفة » من وجهين قال : (لزوال ملكه ثم عوده سواء قلنا : إن الرجوع إبطال للهبة أم لا ؛ لأن القائل بالإبطال لم يرد به حقيقته ، وإلا . . لرجع في الزيادة المنفصلة)^(٢) .

بُيِّنَاتُ

يسن للأصل التسوية والعدل في عطية فروعه وإن سفلوا ، فإن لم يعدل لغير عذر . . كره عند أكثر العلماء ، وقيل : يحرم ، والأصل في ذلك حديث البخاري : « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم »^(٣) ، ويسن للولد العدل في عطية أصوله ، فإن فضل . . كره أيضاً .

قال في « التحفة » : (ويسن على الأوجه العدل بين نحو الإخوة أيضاً ، لكنها دون طلبها في الأولاد ، وروى البيهقي خبر : « حق كبير الإخوة على صغيرهم كحق الوالد على ولده »^(٤) ، وفي رواية : « الأكبر من الإخوة بمنزلة الأب ») انتهى^(٥) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) مغني المحتاج (٥١٩/٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٣١٢/٦) .

(٣) صحيح البخاري (٢٥٨٧) عن سيدنا النعمان بن بشير رضي الله عنه .

(٤) شعب الإيمان (٧٥٥٣) عن سيدنا سعيد بن العاص رضي الله عنه .

(٥) تحفة المحتاج (٣٠٨/٦) ، والحديث في « شعب الإيمان » (٧٥٥٤) عن سيدنا كليب الجهني رضي الله عنه .

(بَابُ اللَّفْطَةِ)

وهي لغة : الشَّيْءُ الْمَلْقُوطُ ، وشرعاً : ما وُجِدَ مِنْ حَقِّ ضَائِعٍ مُحْتَرَمٍ ، لغيرِ حَرْبٍ ، وليس بمُحَرَزٍ ، ولا ممتنعٍ بِقُوَّتِهِ ،

[بَابُ اللَّفْطَةِ]

قوله : (باب اللقطة) إنما ذكرت عقب (الهبة) لأن كلاً منهما تملك بلا عوض ، وذكرها بعضهم عقب (إحياء الموات) لأن كلاً منهما تملك من الشارع ، ولو ذكرت عقب (القرض) .. كان فيه مناسبة أيضاً ؛ فإنها يسلك بها مسلكه والشارع أقرضه للملتقط ، فافهم .

قوله : (وهي) أي : اللقطة بضم ففتح في المشهور أو فسكون ، ويقال : لقطة بضم اللام ، ولقط بفتحين من غير هاء ، وقد نظمها بعضهم في بيت فقال :

لُقْاطَةٌ وَلُقُطَةٌ وَلُقْطَةٌ وَلَقَطَ مَا لَا قَطَ قَدْ لَقَطَهُ

قوله : (الشيء الملقوط) عبر في « التحفة » بقوله : (ما يؤخذ بعد تطلب) ، وانظر تقييده به^(١) ، وفي « القاموس » : (اللقط محركة وكحزمة وهمزة وثمالة ما التقط)^(٢) .

قوله : (وشرعاً ما وجد...) إلخ ، شامل للمال ، ومنه : الركاز بقيده السابق فيه ، والاختصاص المحترم .

قوله : (من حق ضائع) أي : بنحو غفلة .

قوله : (محترم لغير حربي) أي : من مسلم ونحو ذمي .

قوله : (وليس بمحرز) أي : غالباً .

قوله : (ولا ممتنع بقوته) أي : ولا يعرف الواجد مالكة ، والأولى : إسقاط هذا القيد ؛ لما يأتي من جواز التقاط الممتنع للحفظ فهو داخل في أفراد اللقطة ، وفارقت المال الضائع ؛ وهو الذي يحفظه الحاكم إلى وجود صاحبه بأنه المحرز بحرز مثله ؛ كالذي بمودع الحكم أو بمحل مغلق لا يعرف مالكة ، فيحفظه الحاكم إلى وجود صاحبه إن رجاه ، وإلا .. صار لبيت المال فيصرفه مصارفه ، ومن اللقطة كما قاله القفال : درهم وجدته في أرض مملوكة أو بيته وشك أهوله أو لمن يدخله .. فعليه تعريفه لمن يدخله .

لا يقال : القياس : أن له التصرف فيه اعتماداً على كونه بملكه ويده عليه ؛ لأننا منعناه فإن هذه

(١) تحفة المحتاج (٣١٧/٦) .

(٢) القاموس المحيط (٥٦٥/٢) ، مادة : (لقط) .

وَسَيُعْلَمُ مِنْ قَوْلِي : (وولي محجور) : أنه يصحُّ التَّقَاطُ الْمَحْجُورِ ، وَقَيَّدَ بِالْمُمَيِّزِ . (يَجُوزُ) بَلْ يُسْنُّ لِمَنْ وَثِقَ بِدِينِهِ وَأَمَانَتِهِ

دلالة ضعيفة ؛ لما في (الشهادات) : أن اليد وحدها لا تكفي مستنداً في الشهادة بالملك وقد عارضها الشك في كونه للغير فلزمه الاحتياط ، ووقع في كلام القفال التعبير بـ (لا يدري أهو له ...) إلى آخره ، لكن الظاهر كما قاله الشارح : إنه لا يلزمه ذلك إلا عند الشك ؛ لأن فيه تردداً على السواء فلا مرجح ، بخلاف الوهم فإنه عارضه ظن كونه له فجاز له العمل به^(١) ، ومن ثم عدلنا عن تعبيره إلى (وشك ...) إلخ ، فليتأمل .

قوله : (وسيعلم من قولي وولي محجور ...) إلخ ؛ أي : في (مبحث التعريف) .

قوله : (أنه يصح التقاط المحجور) أي : من صبي ومجنون وسفيه ؛ نظراً لجانب الاكتساب ؛ وذلك أن في الالتقاط معنى الأمانة والولاية من حيث إن الملتقط أمين فيما التقطه والشرع ولأه حفظه كالولي في مال الطفل ، وفيه معنى الاكتساب من حيث إن له التملك بعد التعريف ، وفي الغلب من المعنيين وجهان ، والأوجه الذي عليه عامة الأصحاب : هو الثاني .

نعم ؛ رجح الشيخان : عدم صحة التقاط العبد بغير إذن سيده^(٢) ، مع أن مقتضى ذلك صحة التقاطه وإن لم يأذن له سيده ، ولكن الجواب من طرف الشيخين استثناء هذا الاكتساب ؛ لما فيه من ورطة التعريف والرد إذا ظهر المالك فاحتيج لإذن السيد الذي يعود عليه ضرر تلك الورطة ، فله درهما .

قوله : (وقيد بالميمز) يعني : قيد الإمام صحة التقاط الصبي بالتمييز ، قال الأذرعى : ومثله المجنون .

قوله : (يجوز ...) إلخ ، هو مجمع عليه في الجملة .

قوله : (بل يسن لمن وثق بدِينِهِ وَأَمَانَتِهِ ...) إلخ ؛ لما فيه من البر ، بل قال جمع : يكره الترك ؛ خوفاً من أيدي الخونة ، وإنما لم يجب ؛ لأنها أمانة أو كسب وكل منهما لا يجب ابتداء ، وقال جمع : بل نقل عن الجمهور : إن غلب على ظنه ضياعها لو تركها . . . وجب ، وإلا . . . فلا ، وبحث الزركشي تقييد محل الخلاف بما إذا لم يتعين ، وإلا ؛ بأن لم يكن ثم غيره . . . وجب كنظيره في الوديعة ، بل أولى ؛ لأن تلك بيد مالكها ، واعتمده جمع ، لكن المعتمد عند الشارح : عدم

(١) فتح الجواد (٦٣٠ / ١) .

(٢) الشرح الكبير (٣٤٣ / ٦) ، روضة الطالبين (٣٩٣ / ٥) .

(أَخْذٌ غَيْرٌ مُّمَيِّزٌ بِأَمْنٍ لِّحِفْظٍ) وَإِنْ لَمْ تَوْجِدِ الشُّرُوطُ الْآتِيَةَ ، (وَكَذًا) يَجُوزُ أَخْذُ غَيْرِ مَا ذُكِرَ
(لِتَمْلِكُ)

الوجوب هنا مطلقاً ، وفرق بينه وبين الوديعة : أن هناك مالكاً يأتمنه ويبدل مؤنة نفسه وحرزه فلا ضرر عليه فيه ، وهنا فيه ضرر ؛ لعدم من يبذل له ذلك ، ورفع له للحاكم ليفرضه له ليس على ثقة فيه أن الحاكم يجيبه لذلك ، وأيضاً : فالمالك لو وجد هنا . . . احتمل أن يضره بادعاء ما لم يكن ، وأيضاً : فللحاكم تطلع زائد على اللقطات ؛ فربما أضره ، ولا كذلك في الوديعة في الكل ، فليأتمل^(١) .

قوله : (أخذ غير مميز) أي : من جماد وكله يلتقط ولو غير مال ، وحيوان ومنه : الرقيق ، وفيه التفصيل الآتي .

قوله : (بأمن لحفظ) أي : له على صاحبه ، ويسن الإشهاد عليه ؛ ليأمن تملكه له في غير وقته أو تملك وارثه له بعد موته ، وإنما لم يجب الإشهاد ؛ لعدم أمره صلى الله عليه وسلم به في خبر زيد المشهور^(٢) ، وقيل : يجب ؛ لخبر أبي داود : « من التقط لقطة . . . فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب » صحيح الإسناد^(٣) .

قال شيخ الإسلام : (وقد نص في « الأم » على النذب ، وفي « المختصر » على الوجوب ، وهو أقوى دليلاً لا جرم صححه جماعات ، لكن قال الشيخان : المذهب : النذب) ^(٤) .

قال في « الفتح » : (وكان الصارف عن الوجوب التخيير في الخبر بين إشهاد عدل أو عدلين ، والعدل لا يكفي على القول بالوجوب فدل الاكتفاء به على النذب ، وأن القصد منع ما قد يؤدي إلى الكتم ، ومن ثم : سن مع ذلك الإشهاد على بعض صفاتها) فليأتمل^(٥) .

قوله : (وإن لم توجد الشروط الآتية) أي : في المتن من قوله : (إن ضاع . . .) إلخ ؛ لأنه يحفظها للمالك فأشبهه المودع .

قوله : (وكذا يجوز أخذ غير ما ذكر) أي : غير المميز من الجماد أو الحيوان .

قوله : (لتملك) أي : لما يملك ، ورجح الزركشي من تردد له في موقوف وموصى بمنفعته أبداً إذا لم يعلم مستحقهما : أنه لا يملك ، ولكن الذي استوجهه الشارح في الأول : جواز تملك

(١) انظر « فتح الجواد » (١/٦٣١) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٢) ، ومسلم (١٧٢٢) .

(٣) سنن أبي داود (١٧٠٩) عن سيدنا عياض بن حمار رضي الله عنه .

(٤) الغرر البهية (٦/٤٧٧) .

(٥) فتح الجواد (١/٦٣١) .

ولاختصاص نحو كلب . أمّا المميز العبد ، أو الأمانة في زمن الأمن .. فلا يلتقط لحفظ ولا لتملك ؛ لأنه يصل إلى مالكة بالدلالة ، بخلاف ما إذا وجدته وقت خوف

منفعته بعد التعريف ؛ لأنها مملوكة للموقوف عليه فهي من حيز الأموال المملوكة ، وفي الثاني جواز تملكها كرقبته ؛ لأنهما مملوكان : الرقبة للوارث ، والمنفعة للموصى له ، تأمل .

قوله : (ولا اختصاص نحو كلب) أي : يُقتنى وجلد ميتة فيحل^(١) التقاطه ، وله الاختصاص والانتفاع به بعد تعريفه سنة إن كان عظيم المنفعة ، قال في « الفتح » : (لا يحصل الالتقاط إلا بالاستيلاء على الملتقط ، فلو دفعه بنحو رجله ؛ أي : ولم يفصل على ما دفعه به كما علم مما [قدمته] في « إحياء الموات » ليعلمه ثم [تركه] حتى ضاع .. لم يضمه وإن تدحرج بسبب دفعه كما شمله كلامهم ، وإنما ضمن ما تلف به دون ما دحرجه ؛ لأن ذاك ضمان بشرط وقد وجد ، والمتدحرج ضمانه ضمان استيلاء ولم يوجد) فليتأمل^(٢) .

قوله : (أما المميز) مقابل قوله : (غير مميز) .

قوله : (العبد أو الأمانة) صور الفارقي معرفة رقه دون مالكة بأن يكون به علامة دالة على الرق ؛ كعلامة الحبشة والزنج ، ونظر فيه غيره ثم صورته بما إذا عرف رقه أولاً وجهل مالكة ثم وجدته ضالاً .

قوله : (في زمن الأمن) أي : من نحو النهب .

قوله : (فلا يلتقط) أي : لا يجوز لقطه .

قوله : (لحفظ ولا لتملك) أي : سواء كان في المفازة أم في غيرها .

قوله : (لأنه) أي : المميز .

قوله : (يصل إلى مالكة بالدلالة) أي : بخلاف الحيوان الممتنع في المفازة حيث يلتقط

للحفظ ؛ لأنه لا يصل إلى مالكة لعدم تمييزه .

قوله : (بخلاف ما إذا وجدته) أي : المميز .

قوله : (وقت خوف) أي : من نهب أو حريق أو غرق^(٣) ، وكذا وقت كثرة نحو السارقين كما

استظهره في « الفتح »^(٤) ، وكذا إذا عرف منه الإباق ، وأنه لا يصل إلى مالكة بالدلالة ؛ أخذاً من العلة المذكورة .

(١) في الأصل : (فيحمل) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) فتح الجواد (١/٦٣١) .

(٣) في الأصل : (غريق) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٤) فتح الجواد (١/٦٣٠) .

فَيَلْتَقِطُ لِلْحَفِظِ مُطْلَقاً ، وَلِلتَّمْلِكِ بِشَرْطِهِ الَّتِي ذَكَرْتُهَا بِقَوْلِي : (إِنْ ضَاعَ) بِسَبَبِ سَقُوطِ أَوْ غَفْلَةٍ .
بِخِلَافِ مَا لَوْ أُلْقِيَ نَحْوُ ثَوْبٍ فِي نَحْوِ حَجَرِهِ ، وَمَا لَوْ خَلَفَ مُورِثُهُ مَا جُهِلَ مَالِكُهُ . . . فَيَلْزِمُهُ حِفْظُهُ
وَلَا يَتِمْلِكُهُ ، فَإِنْ أَيْسَ مِنْ مَالِكِهِ . . صَرْفُهُ فِي مَصَارِفِ بَيْتِ أَلْمَالِ

قوله : (فَيَلْتَقِطُ لِلْحَفِظِ مُطْلَقاً) أي : عن الشروط الآتية .

قوله : (وَلِلتَّمْلِكِ) عطف على (لِلْحَفِظِ) .

قوله : (بِشَرْطِهِ الَّتِي ذَكَرْتُهَا بِقَوْلِي) ظاهر صنيعه هنا : أنها شروط لتملك المميز الذي وجد
وقت الخوف خاصة ، وليس كذلك ، وعبارة « الفتح » : (ثم لقط الضائع : إما لحفظ له على
صاحبه . . فيجوز مطلقاً ، وإما لتملكه . . فيجوز بشروط ، منها : . . .) إلخ^(١) ، وهي أحسن ،
تدبر .

قوله : (إِنْ ضَاعَ بِسَبَبِ سَقُوطِ أَوْ غَفْلَةٍ) أي : عنه ، قال في « التحفة » : (ومن اللقطة : أن
تبدل نعله بغيرها فيأخذها . . فلا يحل له استعمالها إلا بعد تعريفها بشروطه ، أو تحقق إعراض المالك
عنها ، فإن علم أن صاحبها تعمد أخذ نعله . . جاز له بيعها ظفراً بشرطه) انتهى^(٢) .

قوله : (بِخِلَافِ مَا لَوْ أُلْقِيَ نَحْوُ ثَوْبٍ) أي : ككيس ألقاه الريح أو الهارب .

قوله : (فِي نَحْوِ حَجَرِهِ) أي : كداره فإن ذلك مال ضائع يلزمه حفظه ولا يملكه ، قال في
« التحفة » : (خلافاً لما وقع في « المجموع » في هذه الصورة)^(٣) .

قوله : (وَمَا لَوْ خَلَفَ مُورِثُهُ مَا جُهِلَ مَالِكُهُ) أي : من الودائع .

قوله : (فَيَلْزِمُهُ حِفْظُهُ وَلَا يَتِمْلِكُهُ) أي : أو يعطيه للإمام ؛ لأنه مال ضائع ، قال في
« التحفة » : (فيحفظه أو ثمنه إن رأى بيعه ، أو يقترضه لبیت المال إلى ظهور مالكة إن توقعه ،
وإلا . . صرفه لمصارف بيت المال)^(٤) .

قوله : (فَإِنْ أَيْسَ مِنْ مَالِكِهِ) أي : من معرفته ومعرفة ورثته بعد البحث التام ، ويمكن أن يحمل
على المالك له مطلقاً سواء كان المورث أو الوارث . شيخنا رحمه الله تعالى^(٥) .

قوله : (صَرْفُهُ فِي مَصَارِفِ بَيْتِ الْمَالِ) أي : وهي مصالح المسلمين مقدماً الأهم فالأهم ؛

(١) فتح الجواد (١/٦٣١) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٣١٨) .

(٣) تحفة المحتاج (٦/٣١٨) .

(٤) تحفة المحتاج (٦/٣١٨) .

(٥) إعانة الطالبين (٣/٢٥٠) .

لا يُلْتَقَطُ إِلَّا لِلْحَفِظِ ، فيلزمه تعريفه أبدأ ؛ للخبر الصحيح فيه . وخرج به عرفة وحرّم المدينة فيلتقط فيهما للتملك أيضاً ؛

قوله : (لا يلتقط إلا للحفظ) أي : فلا يحل التقاطه للتملك ولا بلا قصد تملك ولا حفظ على الصحيح .

قوله : (فيلزمه) أي : الملتقط .

قوله : (تعريفه أبدأ) أي : ويلزمه الإقامة للتعريف أو دفعها للقاضي الأمين ، فإن أراد سفرًا ولا قاضي أمين . . اتجه كما قاله في « التحفة » : جواز تركها عند أمين غير القاضي^(١) ، فلو بان عدم أمانته . . احتمال تضمين الملتقط ؛ لأنه مقصر بعدم البحث عن حاله ، واحتمل خلافه ؛ كما لو أشهد مستورين ثم بانا فاسقين ، واستقر به (ع ش)^(٢) .

قوله : (للخبر الصحيح فيه) أي : وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري : « إن هذا البلد حرمه الله لا تحل لقطته إلا لمنشد »^(٣) ، قال في « التحفة » : (أي : لمعرفة على الدوام ؛ وإلا . . فسائر البلاد كذلك ، فلا تظهر فائدة التخصيص ، وادعاء أنها دفع إيهام الاكتفاء بتعريفها في الموسم يمنعه أنه لو كان هذا هو المراد . . لبيته ؛ وإلا . . فإيهام ما قلناه المتبادر منه أشد)^(٤) أي : احتمال أن المراد بذلك : دفع الاكتفاء بتعريفها سنة ، وأنها تعرف أبدأ المتبادر منه أشد وأقوى فينبغي أخذه واختياره ، تأمل .

قوله : (وخرج به) أي : بحرم مكة .

قوله : (عرفة) أي : ومصلّى إبراهيم عليه الصلاة والسلام .

قوله : (وحرّم المدينة) أي : والمسجد الأقصى .

قوله : (فيلتقط فيهما للتملك أيضاً) هذا هو الأصح من وجهين فيهما ، وثانيهما : أن عرفة كحرم مكة ، قال في « التحفة » : (وانتصر له بخبر مسلم : « نهى عن لقطة الحاج »^(٥) أي : مجمع جميعهم ؛ لثلاث يدخل فيه كل فرقة منهم)^(٦) ، وإن حرم المدينة كحرم مكة أيضاً كما في حرمة الصيد ، وجريء عليه البلقيني ؛ لخبر أبي داود في المدينة بإسناد صحيح : « ولا تلتقط

(١) تحفة المحتاج (٣٤١/٦) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٤٤٦/٥) .

(٣) صحيح البخاري (١١٢) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) تحفة المحتاج (٣٤٠/٦) .

(٥) صحيح مسلم (١٧٢٤) عن سيدنا عبد الرحمن بن عثمان التيمي .

(٦) تحفة المحتاج (٣٤٠/٦) .

لَأَنَّ النَّاسَ لَا يَنْثَابُونَهُمَا كَانْثِيَابِهِمْ حَرَمَ مَكَّةَ ؛ إِذْ هُوَ مَثَابَةٌ لَهُمْ يَعُودُونَ إِلَيْهِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى فَلَا يَضِلُّ عَنْهُ مَالِكُهُ غَالِبًا . وَإِنَّمَا يَلْتَقِطُ لَتَمْلِكُ (إِنْ لَمْ يَكُنْ) الْمَلْقُوطُ حَيَوَانًا

لَقَطْتَهَا إِلَّا لِمَنْ أَشَادَ بِهَا ^(١) بِالشَّيْنِ الْمَعْجَمَةِ وَبِالدَّالِ الْمَهْمَلَةِ ؛ أَيِ : رَفَعَ صَوْتَهُ بِهَا .
 قوله : (لَأَنَّ النَّاسَ لَا يَنْثَابُونَهُمَا) أَيِ : لَا يَرْجِعُونَ إِلَى عُرْفَةِ وَالْمَدِينَةِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى .
 قوله : (كَانْثِيَابِهِمْ حَرَمَ مَكَّةَ) أَيِ : فَإِنَّهُمْ يَنْثَابُونَ إِلَيْهِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى .
 قوله : (إِذْ هُوَ مَثَابَةٌ لَهُمْ) أَيِ : مَرْجِعٌ لِلنَّاسِ مِنَ الْحِجَابِ وَالْعِمَارِ وَغَيْرِهِمْ .
 قوله : (يَعُودُونَ إِلَيْهِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى) أَيِ : مِنْ كُلِّ جَانِبٍ ، قَالَ تَعَالَى : ﴿ وَإِذْ جَعَلْنَا آلِيبَتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ ﴾ .

قوله : (فَلَا يَضِلُّ عَنْهُ) أَيِ : عَمَّا ضَاعَ فِي الْحَرَمِ .
 قوله : (مَالِكُهُ غَالِبًا) أَيِ : فَرِيحًا عَادَ هُوَ أَوْ نَائِبُهُ إِلَيْهِ فَغَلِظَ عَلَى الْآخِذِ لِلْقِطْعَةِ بِتَعْيِينِ الْحِفْظِ عَلَيْهِ ؛ كَمَا غَلِظَ عَلَى الْقَاتِلِ فِيهِ خَطَأً بِتَغْلِيظِ الدِّيَةِ عَلَيْهِ مَعَ عَدَمِ إِسَاءَتِهِ ، وَاسْتَشْنَى صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » مَا لَوْ وَجَدَ بَعِيرًا مَقْلُدًا أَيَّامَ مَنَى . . فَاَلنَّصْ : أَنَّهُ يَأْخُذُهُ وَيَعْرِفُهُ أَيَّامَ مَنَى ، فَإِنْ خَافَ فَوْتَهَا . . نَحَرَهُ ، وَيَسْتَحِبُّ اسْتِئْذَانَ الْحَاكِمِ ، قَالَ الرَّافِعِيُّ : وَلَكِ أَنْ تَقُولَ : الْاسْتِثْنَاءُ غَيْرُ مُنْتَظَمٍ وَإِنْ قُلْنَا : يُوْخِذُ ؛ لِأَنَّ الْآخِذَ الْمَمْنُوعَ مِنْهُ إِنَّمَا هُوَ الْآخِذُ لِلتَّمْلِكِ ، وَلَا شَكَّ أَنَّ هَذَا الْبَعِيرَ لَا يُؤْخَذُ لِلتَّمْلِكِ ، وَأَجَابَ النَّوَوِيُّ : بِأَنَّا إِنْ مَنَعْنَا الْآحَادَ مِنَ الْآخِذِ لِلْحِفْظِ . . فَالْاسْتِثْنَاءُ ظَاهِرٌ ، وَإِنْ جَوَزْنَاهُ وَهُوَ الْأَصَحُّ . . فَفَائِدَةُ الْاسْتِثْنَاءِ جَوَازُ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِالنَّحْرِ ^(٢) .

وإيضاح هذا الجواب كما بينه بعض المحققين : أَنَا إِذَا قُلْنَا بِأَنَّ الْمَمْنُوعَ فِي الصَّحْرَاءِ . . لَا يَلْتَقِطُهُ لِلْحِفْظِ إِلَّا الْحَاكِمُ دُونَ الْآحَادِ كَمَا هُوَ وَجْهٌ ضَعِيفٌ حَكَاهُ فِي « الرُّوْضَةِ » ^(٣) ، فَاسْتِثْنَاءُ هَذَا الْبَعِيرِ مِنْ ذَلِكَ الْحُكْمِ ظَاهِرٌ حَيْثُ جَوَزْنَا أَخْذَهُ لِلْآحَادِ ، فَفَائِدَةُ الْاسْتِثْنَاءِ : إِخْرَاجُ مَا يَفْعَلُهُ الْمَتَمَلِّكُ مِمَّا تَضْمَنَهُ قَوْلُنَا : لَا يَلْتَقِطُ لِلتَّمْلِكِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ أَنَّهُ لَا يَفْعَلُ مَا يَفْعَلُهُ الْمَتَمَلِّكُ مِنَ الذَّبْحِ وَالتَّفْرِقَةِ ، فَقِيلَ : إِلَّا مَلْتَقِطُ هَذَا الْبَعِيرِ . . فَإِنَّهُ يَفْعَلُ مَا يَفْعَلُهُ الْمَتَمَلِّكُ ، فَلْيَتَأَمَّلْ .

قوله : (وَإِنَّمَا يَلْتَقِطُ لَتَمْلِكُ) أَيِ : بِخِلَافِ الْإِلْتِقَاطِ لِلْحِفْظِ فَإِنَّهُ جَائِزٌ مُطْلَقًا ، بَلْ يَتَأَكَّدُ إِنْ خَافَ الضِّيَاعَ وَكَانَ الْآخِذُ أَحْفَظَ لِلْمَلْقُوطِ .
 قوله : (إِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَلْقُوطُ حَيَوَانًا) أَيِ : مَمْلُوكًا ، وَيَعْرِفُ بِكَوْنِهِ مُوسُومًا أَوْ مَقْرَطًا مَثَلًا ،

(١) سنن أبي داود (٢٠٣٤) عن سيدنا علي رضي الله عنه .

(٢) روضة الطالبين (٤١٧/٥) .

(٣) روضة الطالبين (٤٠٢/٥) .

(مُتَمَتِّعاً مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ) بِقَوَّتِهِ ، أَوْ عَذْوِهِ ، أَوْ طَيْرَانِهِ ؛ هَذَا إِنْ وَجَدَهُ (بِمَفَازَةِ أَمْنَةٍ) فَإِنْ وَجَدَهُ
بِنَحْوِ قَرْيَةٍ

وظاهر : أنه إنما يحتاج للعلامة في نحو الطير دون الماشية ؛ لأنها لا تكون إلا مملوكة ، أفاده
(سم)^(١) .

قوله : (ممتنعاً من صغار السباع) أي : كذئب ونمر وفهد ، ونوزع فيه بأن هذه من كبارها ،
وأجيب بحملها على صغيرها ؛ أخذاً من كلام ابن الرفعة ، ويرد بأن الصغر من الأمور النسبية ؛
فهذه وإن كبرت في نفسها هي صغيرة بالنسبة للأسد ونحوه . انتهى « تحفة »^(٢) .

قوله : (بقوته) متعلق بـ (ممتنعاً) وذلك كبعير وفرس وحمار وبغل وبقر .

قوله : (أو عذوه) أي : كالأرنب والظبي المملوك .

قوله : (أو طيرانه) أي : كالحمام ، وإنما لم يعتبروا الامتناع من كبار السباع ؛ لأن الكبار أقل
فعولوا على الكثير الأغلب كما يشير إليه التعليل الآتي .

قوله : (هذا) أي : عدم جواز التقاط التملك للحيوان الممتنع من صغار السباع .

قوله : (إن وجدته بمفازة) هي المهلكة ، قيل : سميت بذلك على القلب ؛ تفاؤلاً ، وقال ابن
القطاع : بل من فاز . . هلك ؛ إذ يستعمل فيه كنجا فهو ضد .

قوله : (أمانة) أي : للنهي عن الالتقاط في ضالة الإبل ، وقيس بها غيرها ؛ بجامع إمكان عيشها
بلا راع إلى أن يجدها مالكةا ، ولأنه - أي : الحيوان الممتنع - مصون بالامتناع عن أكثر السباع .

نعم ؛ قيد بعضهم حرمة الالتقاط حينئذ بما إذا لم يكن عليه أمتعة قال : وإلا ؛ ولم يمكن أخذها
إلا بأخذه . فالظاهر : أن له حينئذ أخذه للتملك ؛ تبعاً لها ، ولأن وجودها عليه وهي ثقيلة تمنعه
من ورود الماء والشجر والفرار من السباع ، وقد يفرق بين الأمتعة الخفيفة والثقيلة ، وهو الأوجه .
انتهى ، لكن نظر فيه الشارح بأنه لا تلازم بين أخذها وأخذه ، ولا يلزم من أخذها وهي عليه وضع
يده عليه ؛ فيتخير في أخذها بين التملك والحفظ ، وهو لا يأخذها إلا للحفظ ، ودعوى أن وجودها
ثقيلة عليه صيره كغير الممتنع ممنوعة ، تأمل^(٣) .

قوله : (فإن وجدته) أي : الحيوان الممتنع من صغار السباع .

قوله : (بنحو قرية) أي : من بلد أو حلة .

(١) حاشية ابن قاسم على التحفة (٣٢٤/٦) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٢٤/٦) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٢٥/٦) .

أَوْ قُرْبَهَا ، أَوْ بِمَفَازَةٍ زَمَنَ خَوْفٍ . . أَلْتَقَطَهُ وَلَوْ لِلتَّمْلُكِ ؛ لِثَلَاثٍ يَضِيعُ لِعَدَمِ وَجْدَانِهِ مَا يَكْفِيهِ ، وَبِأَمْتِدَادِ أَلِيدِ الْخَائِنَةِ إِلَيْهِ . (وَلَا أَمَةٌ تَحِلُّ لَهُ) أَيِ : لِلْمَلْقَطِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّقَاطُفُ بِقَصْدِ التَّمْلُكِ ؛ . . .

قوله : (أَوْ قُرْبَهَا) أَيِ : عَرَفَا ؛ بِحَيْثُ لَا يَعْدُ فِي مَهْلَكَةٍ فِيمَا يَظْهَرُ ، قَالَ فِي « التَّحْفَةِ » ^(١) .

قوله : (أَوْ بِمَفَازَةٍ زَمَنَ خَوْفٍ) أَيِ : أَوْ وَجَدَ مَا ذَكَرَ فِي الْمَفَازَةِ ، لَكِنَ فِي وَقْتِ الْخَوْفِ ؛ كَنَهَبَ وَحَرِيقَ .

قوله : (التَّقْطَةُ) أَيِ : جَوَازًا .

قوله : (وَلَوْ لِلتَّمْلُكِ) أَيِ : فِي الْأَصَحِّ كَمَا فِي « الْمَنْهَاجِ » ^(٢) ، وَقِيلَ : الْمَنْعُ كَالْمَفَازَةِ ؛ لِإِطْلَاقِ الْخَبَرِ ، وَرَدَ بَأَنَّ سِيَاقَهُ يَقْتَضِي الْمَفَازَةَ ؛ بِدَلِيلِ : « دَعَاهَا تَرَدَّ الْمَاءُ وَتَأْكُلُ الشَّجَرُ » ^(٣) .

قوله : (لِثَلَاثٍ يَضِيعُ . . .) إلخ ، تَعْلِيلٌ لَجَوَازِ ذَلِكَ لِلتَّمْلُكِ .

قوله : (وَبِأَمْتِدَادِ الْيَدِ الْخَائِنَةِ إِلَيْهِ) أَيِ : فِي الْعِمَارَةِ دُونَ الْمَفَازَةِ ؛ لِنُدْرَةِ طُرُوقِهَا ، وَلَا عِتْيَادِ الْإِرْسَالِ فِيهَا بِلَا رَاعٍ فَلَا تَكُونُ ضَالَّةً ، قَالَا فِي « التَّحْفَةِ » وَ« النِّهَايَةِ » : (وَقَدْ يَمْتَنِعُ التَّمْلُكُ ؛ كَالْبَعِيرِ الْمُقْلَدِ ، وَكَمَا لَوْ دَفَعَهَا لِلْقَاضِي مُعْرَضًا عَنْهَا ثُمَّ عَادَ لِإِعْرَاضِهِ الْمَسْقُطَ لِحَقِّهِ ، وَلَوْ أَعْيَا بِعَيْرِهِ مِثْلًا فَتَرَكَهُ فِقَامَ بِهِ غَيْرُهُ حَتَّى عَادَ لِحَالِهِ . . مُلْكُهُ عِنْدَ أَحْمَدَ وَاللِّيثِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا ، وَرَجَعَ بِمَا صَرَفَهُ عِنْدَ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ ، وَعِنْدَنَا لَا يَمْلِكُهُ وَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ إِلَّا إِنْ اسْتَأْذَنَ الْحَاكِمُ فِي الْإِنْفَاقِ أَوْ أَشْهَدَ عِنْدَ فَقْدِهِ أَنَّهُ يَنْفَقُ بِنِيَّةِ الرَّجُوعِ أَوْ نَوَاهُ فَقَطْ عِنْدَ فَقْدِ الشُّهُودِ ؛ لِأَنَّ فَقْدَهُمْ هُنَا غَيْرُ نَادِرٍ ، وَمَنْ أَخْرَجَ مُتَاعًا غَرَفَ . . مُلْكُهُ عِنْدَ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ ، وَرَدَ بِالْإِجْمَاعِ عَلَى خِلَافِهِ) ^(٤) .

قوله : (وَلَا أَمَةٌ تَحِلُّ لَهُ) أَيِ : وَلَمْ تَكُنِ الْمَلْقُوطَةُ أَمَةً تَحِلُّ لِلْمَلْقَطِ .

قوله : (فَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّقَاطُفُ بِقَصْدِ التَّمْلُكِ) أَيِ : وَلَوْ زَمَنَ نَهَبٍ مُمِيزَةً أَمْ لَا .

نعم ؛ قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : يَنْبَغِي أَنْ يَقَالَ يُعْرَفُ وَبَعْدَ الْحَوْلِ تَبَاعٌ وَيَتَمْلِكُ ثَمَنُهَا ؛ كَمَا لَهُ بَيْعٌ مَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ثُمَّ يَتَمْلِكُ ثَمَنُهُ بَعْدَ الْمُدَّةِ ، نَقَلَهُ فِي « حَاشِيَةِ الرُّوضِ » ^(٥) وَسَكَتَ عَلَيْهِ ، لَكِنَ رَدَّهُ فِي « التَّحْفَةِ » بِوَضُوحِ الْفَرْقِ بَأَنَّ هَذَا مَانِعُهُ عَرْضِيٌّ وَهِيَ مَانِعُهَا ذَاتِيٌّ يَتَعَلَّقُ بِالْبُضْعِ ؛ لِمَا مَرَّ فِي (الْقَرْضِ) وَهُوَ يَمْتَازُ بِمَزِيدِ احْتِيَاطٍ ، فَلْيَتَأَمَّلْ ^(٦) .

(١) تحفة المحتاج (٣٢٦/٦) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٣٢٨) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٤٢٨) ، ومسلم (١٧٢٢) عن سيدنا زيد بن خالد رضي الله عنه .

(٤) تحفة المحتاج (٣٢٦-٣٢٨) ، نهاية المحتاج (٤٣٤/٥ - ٤٣٥) .

(٥) حواشي الرمي على شرح الروض (٤٨٩/٢) .

(٦) تحفة المحتاج (٣٣٧/٦) .

لأنه [إن] وَطِئَهَا كَانَ أَلْتَمَلُّكَ مَبِيحاً لَهُ ، فَكَانَ كَأَقْتِرَاضِهَا ؛ إِذِ أَلْتَمَلُّكَ بِالْإِلْتِقَاطِ أَقْتَرَاضٌ . أَمَّا الْمَحْرَمَةُ عَلَيْهِ وَلَوْ بَنَحُو تَمَجُّسٍ . . فَلَهُ أَلْتِقَاطُهَا وَتَمَلُّكُهَا بِشَرْطِهِ إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مُمَيَّزَةٍ ، أَوْ فِي زَمَنِ خَوْفٍ ، كَمَا مَرَّ . (وَلَا قَصْدَ بِأَخْذِهِ خِيَانَةً)

قوله : (لأنه [إن] وطئها . .) إلخ ، تعليل لعدم التقاط الأمة المذكورة ، قال (سم) : (ينبغي أن منها أخت الزوجة ؛ لأن تحريمها لعارض قد يزول بالطلاق ؛ أي : ومثلها الأمة المزوجة) فليتأمل^(١) .

قوله : (فكان كاقتراضها) أي : وهو غير جائز ؛ لأنه ربما يردّها بعد التمتع فكان كإجارة الجوّاري للوطء وهو حرام إجماعاً على ما مر .

قوله : (إذ التملك بالالتقاط اقتراض) أي : لما مر : أن اللقطة يسلك بها مسلكه ، والشرع أقرضه للملتقط .

قوله : (أما المحرمة عليه) أي : على الملتقط ، مقابل قول المتن : (أمة تحل له) .

قوله : (ولو بنحو تمجس) أي : ولو كانت الحرمة لكونها مجوسية أو وثنية .

قوله : (فله التقاطها وتملكها) أي : الأمة المحرمة عليه .

قوله : (بشرطه) أي : من التعريف وغيره ، قال (سم) : (فلو أسلمت ؛ أي : نحو المجوسية بعد التملك . . فينبغي بقاؤه ، لكن يمتنع الوطء عن الملك لعارض ؛ كما في قيمة الحيلولة) انتهى^(٢) ، ووجه بأنه ربما ظهر مالکها بعد وطئها فيشبه إعارة الجوّاري للوطء ، فليتأمل .

قوله : (إذا كانت غير مميزة) تقييد لجواز التقاطها .

قوله : (أو في زمن خوف) أي : أو كانت مميزة ، ولكن وجدها في زمن نهب .

قوله : (كما مر) أي : قبيل قول المتن : (إن ضاع) ، ويتحصل من هذا الكلام كما قال بعض المحققين : (أن الميزة في زمن الأمن لا تلتقط مطلقاً ، وتلتقط في زمن الخوف للحفظ مطلقاً ، وكذا للتملك حيث لم تحل ، وأن غير الميزة تلتقط مطلقاً في زمن الأمن والخوف للحفظ ، وكذا للتملك إن لم تحل) فليتأمل^(٣) .

قوله : (ولا قصد بأخذه خيانة) أي : فلا يجوز أن يلتقط للتملك ما قارن لقطه قصد خيانة فيه من ملتقطه .

(١) حاشية ابن قاسم على الغرر (٦/٤٨٢) .

(٢) حاشية ابن قاسم على التحفة (٦/٣٢٨) .

(٣) حاشية ابن قاسم على الغرر (٦/٤٨٢) .

لأنَّهُ حينئذٍ غاصِبٌ لَهُ ، حتَّى يضمنهُ ضمانَ المَغْصُوبِ ، فَلَا يجوزُ لَهُ بعدَ ذلكَ التعرِيفُ لِمَلِكٍ كالغاصِبِ ، ولا يبرأُ مِنْ ضَمَانِهِ إِلَّا بِتسليمِهِ لِلحَاكِمِ . أمَّا إِذَا لم يقارنْ قصدُ الْخِيَانَةِ أَخْذَهُ بِأَن طرأَ بعدَ الْأَخْذِ لِحِفْظٍ أو تَمَلُّكٍ .. فَلَا يضمنُ لمَجَرَّدِ الْقَصْدِ كَالوَدِيعِ ..

قوله : (لأنه) أي : الملتقط .

قوله : (حينئذ) أي : حين إذ قصد بالأخذ خيانة .

قوله : (غاصب له) أي : للملقوط .

قوله : (حتَّى يضمنه ضمان المَغْصُوبِ) أي : كالمودع في ما إذا قبل الوديعة بقصد الخيانة .

قوله : (فلا يجوز له) أي : للملتقط .

قوله : (بعد ذلك) أي : الأخذ بقصد الخيانة .

قوله : (التعرِيف لِمَلِكٍ) أي : أو اختصاص به ، فلا يستفيد تملكه ولا الاختصاص به وإن عرفه ؛ لخيانته ، قال ابن قاسم : (ظاهره : وإن أقلع ؛ ويؤيده الإطلاق هنا مع التفصيل في قوله الآتي : « أما إذا لم يقارن » ...) إلخ^(١) .

قوله : (كالغاصب) أي : فإنه لا يجوز [له] تملك المَغْصُوبِ .

قوله : (ولا يبرأ) أي : الملتقط بقصد الخيانة من ضمان ما التقطه به .

قوله : (إلا بتسليمه للحاكم) أي : فإذا سلمه إليه .. برىء من الضمان كما هو شأن المَغْصُوبِ ، لكن محله في الحاكم الأمين ، فإن لم يكن أميناً فسلمه له .. كان ضامناً ، قطع به القفال ، وهو ظاهر .

قوله : (أما إذا لم يقارن ...) إلخ ، مقابل قول المتن : (قصد بأخذه خيانة) فإنه يفيد أن قصد الخيانة مقارن لأخذه .

قوله : (بأن طرأ) أي : قصد الخيانة ؛ تصوير لعدم المقارنة .

قوله : (بعد الأخذ لحفظ) أي : أخذ اللقطة لحفظها .

قوله : (أو تملك) أي : أو أخذها لتملك ، ومثله كما هو ظاهر ما لو التقط لا للحفظ ولا للخيانة أو لأحدهما ونسيه .

قوله : (فلا يضمن بمجرد القصد) أي : قصد الخيانة حيث لم يقارن الأخذ .

قوله : (كالوديعة) أي : فإنه لا يضمن فيما إذا طرأ قصده الخيانة فيها .

بَلْ بِهَا ، فَلَوْ أَقْلَعَ عَنْهَا وَعَرَفَ لِيَتَمَلَّكَ . . جَازَ . (وَ) إِنَّمَا يَتَمَلَّكَ مَا مَرَّ إِنَّ (عَرَفَ) مَلْتَقَطٌ أَوْ نَائِبُهُ (غَيْرُ خَلِيعٍ) وَلَوْ ذَمِيًّا ، أَوْ مَرْتَدًّا ، أَوْ فَاسِقًا

قوله : (بل بها) أي : بل إنما يضمن بوجود الخيانة فيه ، فإن انضم لقصد الخيانة استعمال أو نقل من محل لآخر . . ضمن كالوديع أيضاً ، وأخذ منه : أنه يأتي هنا جميع ما هناك في مسائل الاستعمال والنقل ونحوهما .

قوله : (فلو أقلع عنها) أي : عن الخيانة في هذه الصورة .

قوله : (وعرف ليتملك) أي : تلك اللقطة .

قوله : (جاز) أي : في الأصح عند البغوي ، وهو المعتمد ؛ لأن التقاطه في الابتداء انعقد للتملك فلا يبطل حكمه بتفريط يطرأ ، قال في « التحفة » : (وإنما لم يعد الوديع أميناً بغير استئمان ثانٍ من المالك ؛ لجواز الوديعة فلم تعد بعد رفعها بغير عقد ، بخلاف اللقطة) انتهى^(١) .

وكان حاصل هذا الفرق كما قاله بعض المحققين : أن الوديع إنما صار أميناً على ما استودع بجعل المالك له بعقد ، فإذا عرض ما يرفع العقد . . احتيج إلى إعادته ، والملتقط الأهل الذي عري أصل قصده عن الخيانة أمين بالوضع الشرعي ، وهو أمر مستمر على الدوام ، فلما زال ما عرض له في الأثناء . . عاد إلى أصله ، وفرق أيضاً بأن ولاية الوديع جعلية فلم تعد بعد زوال المنافي ؛ كفسق القاضي إذا طرأ ثم زال ، وولاية الملتقط شرعية فعاتت بعد زوال المنافي ؛ كفسق ولي النكاح ، والأصل الولي في مال فرعه إذا طرأ ثم زال ، وبذلك كله علم ضعف القول بالمنع ، فليتأمل .

قوله : (وإنما يملك ما مر) أي : الملقوط بشروطه .

قوله : (إن عرف ملتقط) بتشديد الراء : من التعريف ، وينبغي له قبله معرفة وعائه ورباطه ونوعه وقدره ، وأن يكتب ذلك ، ومحل التقاطه وزمانه ، وهل هو واجب أو مندوب ؟ خلاف ، وظاهر الخبر يدل للأول ؛ إذ الأمر للوجوب ، ولكن الأصح : الثاني ، قال بعضهم : (ولا شك أنه لا بد منها إذا انتهى الحال إلى التملك) .

قوله : (أو نائبه) أي : من غير أن يسلمها له وإن كان أميناً ؛ لأن الملتقط كالوديع ، وهو لا يجوز له تسليم الوديعة لغيره إلا عند الضرورة كما هو ظاهر .

قوله : (ولو ذمياً أو مرتدّاً أو فاسقاً) غاية في الملتقط والنائب معاً ، ومنه يعلم صحة التقاطهم ، وهو كذلك ؛ لما تقدم : أن المذهب فيه معنى الاكتساب .

لكن بمشرفٍ عدلٍ عليه ؛ لعدم أمانة كلِّ منهم ، فإذا تمَّ التعريفُ . . تملك ، وفي مُدَّةِ التعريفِ ، أو قبله لا يتركهُ القاضي تحت يده بل ينزعه منه ؛

نعم ؛ [صحته] في المرتد بناء على عدم زوال ملكه بالارتداد كما هو الأصح .
 قوله : (لكن بمشرف عدل عليه) أي : على كل منهم وإن كان الذمي عدلاً في دينه ؛ وذلك بأن يعرف هو والعدل يراقبه فلا يكفي وحده ، لكن ظاهر كلام « التحفة » بل صريحه : أن هذا خاص بالملتقط ، أما النائب الفاسق الموثوق بقوله . . فلا يشترط وجود المشرف معه ^(١) ، ووجهه السيد عمر البصري بأن عدم الوثوق بتعريف الملتقط الفاسق بغير مشرف ؛ لاحتمال تقصيره فيه ليتوسل به إلى الخيانة في اللقطة ، بخلاف النائب فإنه يوثق به ولا غرض له يتهم فيه ، فليتأمل .
 قوله : (لعدم أمانة كل منهم) أي : الذمي والمرتد والفاسق ؛ تعليل لما تضمنه الاستدراك ، قال في « الفتح » : (ومنه - أي : التعليل - يؤخذ : أنه لو عرف سنة على ما ذكره . . جاز له فيما بينه وبين الله تعالى أن يملك ؛ لأن منع انفراده بالتعريف إنما هو لخشية خيائته فيه وقد تحقق هنا عدم خيائته) ^(٢) .

قوله : (فإذا تم التعريف) أي : من سنة أو دونها على التفصيل الآتي مع المشرف المذكور .
 قوله : (تملك) أي : تلك اللقطة ، قال الماوردي : وأشهد عليه الحاكم بغرمها إذا جاء صاحبها ، ومؤنته عليه ، وكذا أجرة المضموم إليه حيث لم يكن في بيت المال شيء ، قاله في « التحفة » ^(٣) .
 قوله : (وفي مدة التعريف أو قبله لا يتركه) أي : اللقطة .
 قوله : (القاضي) أي : أو نائبه .

قوله : (تحت يده) أي : من ذكر من الكافر والفاسق وإن لم يخش ذهابه بها .
 قوله : (بل ينزعه منه) أي : ويضعه عند عدل ، فإن لم يفعل القاضي ما ذكر . . أثم ولا ضمان عليه ، بخلاف ولي الصبي إذا لم ينزع اللقطة منه . . فإنه يضمن ولو حاكماً ^(٤) ، والفرق : كون الفاسق أهلاً للضمان وعدم الولاية عليه من الحاكم ، بخلاف الصبي فإن الولاية ثابتة عليه فكان ما في يده في يد وليه فيضمن ؛ لعدم مراعاة حفظه ، أفاده (ع ش) فليتأمل ^(٥) .

(١) تحفة المحتاج (٣٣٢/٦) .

(٢) فتح الجواد (٦٣٤/١) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٢٠/٦) .

(٤) في الأصل : (حكماً) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٥) حاشية الشبرايملي (٤٢٩/٥) .

لعدم أمانته . أمّا الخليعُ المشهورُ بالخلاعةِ والمُجُون - وهو : ألاّ يبالي الإنسانُ بما صنعَ - فلا يُعتدُّ بتعريفه . (و) يُعرّف (وليّ محجور)

قوله : (لعدم أمانته) أي : من ذكر ، فلا يكون أهلاً للحفظ ، وأيضاً : فإن مال ولده لا يترك في يده فأولئ مال غيره ، قال في « الفتح » : (وأجرة العدل - أي : الذي وضع عنده اللقطة - في بيت المال ثم على نحو الفاسق ، كذا أطلقه الدارمي ، وفيه نظر ؛ لما يأتي : أن مؤنة التعريف على الآخذ للخيانة أو التملك ، فإن قصد الحفظ . . ففي بيت المال ؛ فليحمل قوله : « في بيت المال » على الآخذ للحفظ ، وقوله : « على نحو الفاسق » على الآخذ لغير الحفظ ، وينبغي أن أجرة المشرف كذلك) انتهى^(١) .

قوله : (أما الخليع المشهور بالخلاعة . . .) إلخ ، مقابل لمحذوف تقديره : ما ذكر من اعتداد تعريف الملتقط . . . إلخ ، في غير الخليع . . . إلخ ، أما . . . إلخ .
قوله : (والمجون) عطف تفسير .
قوله : (وهو) أي : المجون .

قوله : (ألاّ يبالي الإنسان بما صنع) أي : من القول والفعل ، قال في « القاموس » : (مجن مجوناً صلبً وغلظ ، ومنه : الماجن لمن لا يبالي قولاً وفعلًا ؛ كأنه صلب الوجه وقد مجن مجوناً ومجانةً ومجنناً بالضم)^(٢) .

قوله : (فلا يعتد بتعريفه) أي : الخليع ، جواب (أما . . .) إلخ ؛ إذ لا تحصل به فائدة التعريف فلا بد أن يكون مكلفاً غير مشهور بذلك ، قال ابن الرفعة : (ولا يشترط فيه الأمانة إذا حصل الوثوق بقوله) انتهى .

قوله : (ويعرف ولي محجور) أي : من صبي أو مجنون صح التقاطعهما أو سفيه ، فينزع الولي وجوباً منهم اللقطة إن علم به لحق المحجور وحق المالك ، وتكون يد الولي نائبة عنه ، ويستقل بذلك ثم يعرفها ، ويراجع الحاكم في مؤنة التعريف ليقترض أو يبيع له جزءاً منها ، والفرق بين هذا وما يأتي : أن مؤنة التعريف على الممتلك وجوب الاحتياط لمال الصبي ونحوه ما أمكن ، ويتملك له إن رأى المصلحة في تملكه له حيث يجوز الاقتراض له ؛ لأن تملكه إياها له في معنى الاقتراض له ، فإن لم ير ذلك . . حفظها أو سلمها للقاضي .

(١) فتح الجواد (٦٣٤/١ - ٦٣٥) .

(٢) القاموس المحيط (٣٨٢/٤) ، مادة : (مجن) .

لعدم صحة تعريف المحجور إلا السفيه بإذن الولي . وعلى من ألتقط شيئاً من بلد ، أو قرية أن يعرفه (بمحلّه) ويتحرى نحو طُرُق ، وباب مسجد ،

قوله : (لعدم صحة تعريف المحجور) تعليل لتعريف الولي ، قال في « النهاية » : (نعم ؛ صرح الدارمي بصحة تعريف الصبي بحضرة الولي ، وهو قياس ما مر في الفاسق مع المشرف ، وما بحثه الأذرعى من صحة تعريف [المراهق] الذي لم يعرف كذبه مخالف لكلامهم)^(١) .

قوله : (إلا السفيه) أي : فإنه يصح تعريفه ؛ لأنه يوثق بقوله دون الصبي والمجنون ، وبه يعلم تقييد السفيه هنا بغير الفاسق ، وبه صرح في « التحفة »^(٢) .

قوله : (بإذن الولي) أي : فلا بد في صحة تعريف السفيه من إذن وليه ، وهذا منقول عن الزركشي ، وأقره في « الأسنى » و « المغني »^(٣) ، وجزم به هنا وفي « الفتح »^(٤) ، لكن ظاهر إطلاق « التحفة » و « النهاية » : أنه لا يتوقف على إذن الولي^(٥) ، ووجهه (ع ش) بأن إذنه إنما يعتبر فيما فيه تفويت على السفيه ، ومجرد تعريفه لا تفويت فيه وهو طريق إلى تملكه ففيه مصلحة له ، فليتأمل^(٦) .

قوله : (وعلى من ألتقط شيئاً) أي : يجب عليه .

قوله : (من بلد أو قرية) أي : أو قربهما بحيث لا يعد مفازة كما تقدم .

قوله : (أن يعرفه بمحلّه) أي : محل التقاطه من البلد أو القرية .

قوله : (ويتحرى) أي : في التعريف .

قوله : (نحو طرق وباب مسجد) أي : عند خروج الناس منه أو دخولهم ، قال في « التحفة » : (ويكره تنزيهاً مع رفع الصوت كما في « شرح المذهب » ، وقيل : تحريماً ، وانتصر له غير واحد ، بل حكى فيه الماوردي الاتفاق بمسجد كإشادها فيه ، واستثنى الماوردي والشاشي المسجد الحرام ، والفرق : أنه لا يمكن تملك لقطة الحرم فالتعريف فيه محض عبادة ، بخلاف غيره ؛ فإن المعرفة متهم بقصد التملك ، وبه يرد على من ألحق [به] مسجد المدينة والأقصى ،

(١) نهاية المحتاج (٤٣٠/٥) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٢١/٦) .

(٣) أسنى المطالب (٤٨٩/٢) ، مغني المحتاج (٥٢٧/٢) .

(٤) فتح الجواد (٦٣٥/١) .

(٥) تحفة المحتاج (٣٢١/٦) ، نهاية المحتاج (٤٢٩/٥) .

(٦) حاشية الشبراملسي (٤٣٠/٥) .

ومجمع الناس ؛ لأنَّ ذلك أقرب إلى وجودها ، (أو) يعرفه في (مقصد واجده بمفازة)
لا بالمفازة ؛ إذ لا فائدة فيه ، بل إن كان ثم قافلة . . تبعها وعرف فيها . وإلا . . عرف في أي بلد
قصدها وإن بعدت أو كانت غير التي قصدتها أولاً ،

وعلى نظير الأذرع في تعميم ذلك لغير أيام الموسم ^(١) .

قوله : (ومجمع الناس) أي : كالأسواق عند قيامها ومحط الرحال ومناخ الأسفار ، وليكن
أكثره محل وجودها ، ولا يكفي التعريف أوقات الخلوات .
قوله : (لأن ذلك) أي : التعريف في نحو الطرق .

قوله : (أقرب إلى وجودها) أي : وجود صاحب اللقطة ، ولا يجوز له السفر بها ، فإن أراد
سفرًا . استتاب بإذن الحاكم من يحفظها ويعرفها ، فإن سافر بها أو استتاب بغير إذنه مع وجوده . .
[ضمن] لتقصيره ؛ أي : إن كان أميناً . « فتح الجواد » ^(٢) .

قوله : (أو يعرفه في مقصد واجده) أي : اللقطة .

قوله : (بمفازة) أي : فإذا وجد لقطة في صحراء . . عرفها بمقصده قرب أو بعد كما قال في
« البهجة » :

..... وأيما بلد كان إذا الملقوط في الصحرا وجد ^(٣)

قوله : (لا بالمفازة) أي : لا يعرفها في المفازة .

قوله : (إذ لا فائدة فيه) أي : في التعريف بالمفازة لكونها خالية عن الناس .

قوله : (بل إن كان ثم قافلة) أي : في المفازة قافلة .

قوله : (تبعها وعرف فيها) أي : القافلة ، قال (سم) : (ينبغي ألا يلزمه ذلك إذا فوت عليه
مقصده أو إقامة أرادها ثم) ^(٤) .

قوله : (وإلا) أي : وإن لم يكن ثم قافلة .

قوله : (عرف في أي بلد قصدتها) أي : سواء قصدتها ابتداء أم لا .

قوله : (وإن بعدت) أي : فلا فرق بين قرب البلدة وبعدها .

قوله : (أو كانت غير التي قصدتها أولاً) أي : حتى لو قصد بعد قصد الأول بلدة أخرى ولو

(١) تحفة المحتاج (٦/٣٣٣) .

(٢) فتح الجواد (١/٦٣٣) .

(٣) بهجة الحاوي (ص ١٣٢) .

(٤) حاشية ابن قاسم على التحفة (٦/٣٣٣) .

ولا يُكَلَّفُ الْعَدُولَ عَنْهَا إِلَى أَقْرَبِ بَلَدٍ لَتِلْكَ الْمَفَازَةِ . وَإِنَّمَا يَجِبُ التَّعْرِيفُ إِنْ كَانَ الْمَلْقُوطُ (مُتَمَوِّلاً) فَغَيْرُهُ كَزَيْبِيَّةٍ وَتَمْرَةٍ لَا يُعْرَفُ ، بَلْ يَسْتَبْدُّ بِهِ وَاجِدُهُ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ عَدَّ تَعْرِيفَ الزَّيْبِيَّةِ مِمَّا يَمَقْتُ اللَّهُ عَلَيْهِ

بلدته التي سافر منها . . لزمه التعريف فيها .

قوله : (ولا يكلف العدول عنها) أي : عن البلدة التي قصدها .

قوله : (إلى أقرب بلد لتلك المفازة) أي : لما في تكليفه ذلك من المشقة ، قال في « التحفة » و « النهاية » : (وقيل : يتعين أقرب البلاد لمحلها واختير) انتهى^(١) .

قوله : (وإنما يجب التعريف إن كان الملقوط متمولاً) أي : وينبغي أن يقرن التعريف بذكر بعض أوصافه ؛ كالجنس أو العفاص أو الوكاء ؛ لأنه أقرب إلى الظفر بالمالك ، ولا يستوفيا ؛ لثلا يعتمدها كاذب ، فلو استوفاهما . ضمن ؛ لأنه قد يرفعه إلى ملزم الدفع بالصفات ، فيحرم الاستيفاء لها كما صرح به الأذرعى ، بخلاف الاستيفاء في الإشهاد فإنه لا يحرم ؛ لأنه بالغ في الحفظ ، ويحرم كل منهما إن علم أن ثم ظالماً يأخذها ، وحينئذ : تكون عنده أبدأً أمانة على ما قاله القليوبي^(٢) ، لكن بحث (ع ش) أنها كالمال الضائع أمره لبيت المال ، فليراجع^(٣) .

قوله : (فغيره) أي : الملقوط غير المتمول .

قوله : (كزيبية وتمرة) أي : وحبتي بر ونحوه .

قوله : (لا يعرف) أي : لا يحتاج إلى تعريفه .

قوله : (بل يستبد به واجده) أي : ولو في حرم مكة كما هو ظاهر ، ولا يحتاج إلى تملك باللفظ . نعم ؛ بحث ابن قاسم وفاقاً للرملی أن محل الاستبداد بذلك إن لم يظهر المالك ، فحيث ظهر وقال : لم أعرض عنه وجب دفعه إليه ما دام باقياً ، قال في « حواشي الروض » : (فلو اتفق بأن حصلت - أي : الزيبية ونحوها - بموضع لها فيه قيمة أو كان قحط شديد يكون للتمرة فيه قيمة وجب تعريفها ، وصح بيعها ، وجاز أن تكون عوضاً كما بينوه في الصدقات)^(٤) .

قوله : (لأن عمر رضي الله تعالى عنه . . .) إلخ ، دليل لعدم تعريف غير المتمول .

قوله : (عد تعريف الزيبية مما يمقت الله عليه) أي : يبغضه ؛ وذلك أن عمر رضي الله تعالى

(١) تحفة المحتاج (٣٣٣/٦) ، نهاية المحتاج (٤٤٠/٥) .

(٢) حاشية قليوبي (١٢٠/٣) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٤٤١/٥) .

(٤) حواشي الرملی على شرح انروض (٤٩٣/٢) .

وظاهرٌ صنيعي أن ما التَّقَطَ للحفظ لا يجبُ تعريفُهُ ، وهو ما عليه الأكثرُونَ ، لكنَّ الأَقْوَى في «الرَّوْضَةِ» : وجوبُهُ . ثمَّ المَتَمَوِّلُ إِنْ كَانَ (قَلِيلاً)

عنه رأى رجلاً يعرف زبيبة فضربه بالدرة وقال : (إن من الورع ما يمقت الله عليه) ، وفي رواية : سمع عمر رضي الله تعالى عنه من يشد في الطواف : زبيبة ، فقال : (إن من الورع ما يمقت الله) . قال في «التحفة» : (ورأى صلى الله عليه وسلم ثمرة في الطريق فقال : «لولا أن أخشى أن تكون صدقة.. لأخذتها»^(١) ، قيل : هو مشكل ؛ لأن الإمام يلزمه أخذ المال الضائع لحفظه ، وليس في محله ؛ لأن ذلك يقتضي إعراض مالكها عنها وخروجها عن ملكه فهي الآن مباحة فتركها لمن يريد تملكها مشيراً له إلى ذلك)^(٢) .

قوله : (وظاهر صنيعي) أي : حيث قال فيما تقدم : (إنما يملك ما مر إن عرف...) إلخ . قوله : (أن ما التَّقَطَ للحفظ لا يجب تعريفه) أي : إذا كان من غير لقطة الحرم ؛ لما تقدم من وجوب تعريفه قطعاً .

قوله : (وهو) أي : عدم وجوب التعريف في ذلك .

قوله : (ما عليه الأكثرُونَ) أي : من الأصحاب ؛ لأن الشرع إنما أوجب التعريف لأجل أن للملتقط التملك بعده .

قوله : (لكن الأَقْوَى في «الروضة») أي : وهو الذي صححه الإمام والغزالي والبقوي والنووي في «شرح مسلم» واعتمده أكثر المتأخرين^(٣) .

قوله : (وجوبه) أي : التعريف حيث لم يخف أخذ ظالم لها^(٤) ؛ كما علم مما مر ؛ وذلك لثلا يفوت الحق بالكتم ، ولأن صاحبها قد لا يمكنه إنشادها لنحو سفر أو مرض ، ويمكن الملتقط التخلص من تعب التعريف بالدفع للقاضي الأمين ، فيضمن بترك التعريف ؛ أي : بالعزم على تركه من أصله ، ولا يرتفع ضمانه به لو بدا له بعد ، قال الأذري : ولا يلزمه مؤنة التعريف في ماله على القولين ، خلافاً لما نقله الغزالي أن المؤنة تابعة للوجوب .

قوله : (ثم المَتَمَوِّلُ إِنْ كَانَ قَلِيلاً) أي : حقيراً كما عبر به في «المنهاج»^(٥) .

(١) أخرجه البخاري (٢٤٣١) ، ومسلم (١٠٧١/١٦٥) عن سيدنا أنس رضي الله عنه .

(٢) تحفة المحتاج (٣٣٦/٦) .

(٣) نهاية المطلب (٤٤٩/٨) ، الوسيط (٢٩٦/٤) ، التهذيب (٥٤٦/٤) ، شرح صحيح مسلم (٢٢/١٢) .

(٤) روضة الطالبين (٤٠٩/٥) .

(٥) منهاج الطالبين (ص٣٢٩) .

وهو ما يظنُّ أنَّ فاقده لا يُكثرُ الأسفَ عليه ، ولا يطولُ طلبُهُ له غالباً . . عَرَفَهُ (بِحَسَبِهِ) إِلَى أَنْ يَظُنَّ
إِعْرَاضَ صَاحِبِهِ عَنْهُ غالباً لا سَنَةً ؛ لِأَنَّ فاقده لا يدومُ على طلبِهِ سَنَةً ،

قوله : (وهو) أي : القليل .

قوله : (ما يظن . . .) إلخ ، هذا هو الأصح في ضبط القليل هنا ؛ ففي « التحفة »
و « النهاية » : (قيل : هو دينار ، وقيل : درهم ، وقيل : وزنه ، وقيل : دون نصاب السرقة ،
والأصح عندهما - أي : الشيخين - : أنه لا يتقدر ، بل ما يظن . . . إلخ ما هنا)^(١) .

قوله : (أن فاقده لا يكثر الأسف عليه) أي : كإبرة وخيط ، قال في « القاموس » : (الأسف :
محركة أشد الحزن ، سئل صلى الله عليه وسلم عن موت الفجأة فقال : « راحة للمؤمن ، وأخذة
أسف للكافر » ، ويروى : « أسف » ككتف ؛ أي : أخذة سخط أو ساخط ، والأسيف :
الحزين . . .) إلخ ملخصاً^(٢) .

قوله : (ولا يطول طلبه له غالباً) أي : باعتبار الغالب من أحوال الناس ، فلا يرد أن صاحبه قد
يكون شديد البخل فيدوم الأسف على التافه . (ع ش)^(٣) .

قوله : (عرفه بحسبه) أي : بقدره اللائق به .

قوله : (إلى أن يظن إعراض صاحبه عنه غالباً) أي : بأن يعرفه مدة يظن في مثلها أن فاقده
يعرض عنه في الغالب .

قوله : (لا سنة) أي : لا يجب تعريف القليل سنة كاملة ، هذا هو الأصح في
« المنهاج »^(٤) .

قوله : (لأن فاقده لا يدوم على طلبه سنة) أي : ولا يتأسف عليه كذلك ، وقيل : لا بد من
تعريف القليل سنة أيضاً ، قال في « التحفة » : (وأطال جمع في ترجيحه بأنه الذي عليه الأكثرون ،
والموافق لقولهما - أي : الشيخين - أن الاختصاص يعرفه سنة ثم يختص به ، ويرد بأن الكلام كما
هو ظاهر في اختصاص عظيم المنفعة يكثر أسف فاقده عليه سنة غالباً)^(٥) .

قال بعض المحققين : (فإن قلت : يقوي ما قاله هؤلاء الجمع أن قليل المال خير من كثير

(١) تحفة المحتاج (٣٣٦/٦) ، نهاية المحتاج (٤٤١/٥) .

(٢) القاموس المحيط (١٧٣/٣) ، مادة : (أسف) .

(٣) حاشية الشيرازي (٤٤١/٥) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٣٢٩) .

(٥) تحفة المحتاج (٤٤١/٦) .

وَيَخْتَلَفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ الْأَمْوَالِ وَالْمُلَاكِ . قَالَ الرَّوْيَانِيُّ : (فِدَانُ الْفُضَّةِ يُعْرَفُ فِي الْحَالِ ، وَدَانُ الْذَّهَبِ يُعْرَفُ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) انْتَهَى . وَالْمُتَّجَةُ : أَنَّ دَانَقَ الْفُضَّةِ يُعْرَفُ قَرِيبَ يَوْمٍ ، وَدَانَقَ الْذَّهَبِ يُعْرَفُ نَحْوَ سَبْعَةِ أَيَّامٍ

المختص . . قلت : هو كذلك ، لكن في نظر الشرع دون أغراض الناس فإنها مختلفة في ذلك ، والتعريف تابع لذلك ؛ ألا ترى أن المحقر من المال لا يعرف أصلاً وإن كان في نظر الشرع خيراً من كثير المختص (تأمل .

قوله : (ويختلف ذلك) أي : مقدار تعريف القليل .

قوله : (باختلاف الأموال والملوك) أي : والأزمان .

قوله : (قال الروياني) هو الحبر الهمام فخر الإسلام أبو المحاسن : عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد بن محمد الروياني بضم الراء بلا همز بعدها في الأشهر ، كان من أصحاب الوجوه والمؤلفات الواسعة ، منها : « الفروق » و « الحلية » و « التجريد » و « البحر » ، وله شهرة تامة في حفظ المذهب يضرب المثل باسمه في ذلك ، حكى عنه أنه قال : لو احترقت كتب الشافعي رضي الله تعالى عنه . . لأمليتها من حفطي ، قال ابن السبكي : ولا يعني بكتبه منصوصاته فقط ، بل منصوصاته وكتب أصحابه ، هذا هو الذي يراد عند إطلاق كتب الشافعي رضي الله تعالى عنه ، ولد الروياني في ذي الحجة عام (٤١٥) ، ومات شهيداً بعد فراغه من الإملاء يوم الجمعة حادي عشر المحرم سنة (٥٠٢) رحمه الله تعالى ونفعنا به ، آمين .

قوله : (فدانق الفضة) بكسر النون وقد تفتح ؛ وهو سدس الدرهم كما في « القاموس »^(١) .

قوله : (يعرف في الحال) أي : ويتملك في الحال ، قاله في « الفتح »^(٢) .

قوله : (ودانق الذهب يعرف يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام) أي : ويتملك بعدها .

قوله : (انتهى) أي : كلام الروياني ، وقد أقره جماعة من المتأخرين .

قوله : (والمتجه أن دانق الفضة يعرف قريب يوم) أي : نحو ثلثيه .

قوله : (نحو سبعة أيام) أي : كالسنة والثمانية ، والظاهر : أن هذا بالنظر إلى زمن الشارح رحمه الله تعالى ، ثم رأيت أنه قال في « الفتح » ما نصه : (ولعل هذا باعتبار زمنه - أي : الروياني - وأما زمننا . . فينبغي الزيادة فيه على ذلك ؛ لما غلب على أهله من الشح فينبغي الاحتياط ما أمكن ،

(١) القاموس المحيط (٣ / ٣٤٠) ، مادة : (الدنيق) .

(٢) فتح الجواد (١ / ٦٣٢) .

(وَ) عَرَّفَ (كَثِيرًا سَنَةً) لِلخَبَرِ الصَّحِيحِ بِذَلِكَ ، وَيَكْفِي تَعْرِيفُهَا وَإِنْ تَفَرَّقَتْ كَمَا صَحَّحَهُ النَّوَوِيُّ

ومن ثم : صرحوا أنه يؤخذ في الملاك بالأسوء . . . (إلخ ^(١)) ، وهو أفيد .

قوله : (وعرف كثيراً) أي : من الأموال ، وكذا الاختصاص .

قوله : (سنة) أي : كاملة من أول وقت التعريف ، قال الزركشي : يستثنى من اعتبار السنة لقطة دار الحرب ، فقضية نص الشافعي رضي الله تعالى عنه الاكتفاء بتعريفها هناك ، فإن لم يجد من يعرفها . . ردت إلى المغنم ، قال في « التحفة » : (وقد يجب التعريف سنتين على واحد ؛ بأن يعرف سنة قاصداً الحفظ ؛ بناء على أن التعريف حينئذ واجب ثم يريد التملك فيلزمه من حينئذ سنة أخرى) (٢) .

قوله : (للخبر الصحيح بذلك) أي : التعريف سنة ؛ ففي « الصحيحين » عن زيد بن خالد رضي الله تعالى عنه : أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن لقطة الذهب أو الورق فقال : « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف . . فاستنفقها وليكن ودیعة عندك ، فإن جاء صاحبها يوماً من الدهر . . فأدها إليه ، وإلا . . فشأنك بها . . » الحديث بطوله ^(٣) ، ووجه اعتبار السنة : أن القوافل لا تتأخر فيها وتمضي فيها الفصول الأربعة ، ولو لم يعرفها سنة . . لضاعت الأموال على أربابها ، ولو جعل التعريف أبداً . . لامتنع من التقاطها .

قوله : (ويكفي تعريفها) أي : السنة .

قوله : (وإن تفرقت) أي : فلا يشترط فيها الموالاة ، وكذا لا تجب المبادرة للتعريف عقب الالتقاط كما صححه الشيخان ^(٤) ، خلافاً للقاضي أبي الطيب والغزالي فقالا : يجب فوراً ^(٥) ، وتوسط جماعة فجوزوا التأخير عن زمن تطلب فيه عادة ولم يغلب على الظن فوات معرفة المالك به ، وهذا هو الأقوى في المدرك ، وعليه حمل كلام الشيخين ، وسيأتي قريباً ما يفيد .

قوله : (كما صححه النووي) أي : خلافاً للرافعي ^(٦) ؛ فإنه صحح الوجه القائل بأن التفريق لا يكفي ؛ لأن المفهوم من السنة في الخبر التوالي ، وكما لو حلف لا يكلم زيداً سنة ، وهذا مختار

(١) فتح الجواد (١/٦٣٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٣٣٤) .

(٣) صحيح البخاري (٢٤٢٨) ، صحيح مسلم (٥/١٧٢٢) .

(٤) روضة الطالبين (٥/٤٠٧) ، الشرح الكبير (٦/٣٦١) .

(٥) الوسيط (٤/٢٩٦) .

(٦) روضة الطالبين (٥/٤٠٧) ، الشرح الكبير (٦/٣٦١) .

كَأَن عَرَفَهُ شَهْرَيْنِ وَهَكَذَا ، وَقِيْدُهُ الْإِمَامُ بِمَا جَرَيْتُ عَلَيْهِ بِقَوْلِي : (وَيَكُونُ كَالْعَادَةِ) حَتَّى لَا يُنْسَى ؛
 أَي : لَا يُؤَدِّي إِلَى نَسْيَانِ النَّوْبَةِ السَّابِقَةِ ، فَإِنْ أَبْطَأَ حَتَّى أَدَّى إِلَى ذَلِكَ . . . أَمْتَنَعَ قَطْعاً ، وَبِأَنَّ يُبَيِّنَ فِي
 التَّعْرِيفِ زَمْنَ الْوُجْدَانِ

الإمام ، قال في « البهجة » : [من الرجز] .

وجهان واختار الإمام الثاني دون العراقيين والرويانى^(١)

وسيعلم الجواب عن ذلك .

قوله : (كَانَ عَرَفَهُ شَهْرَيْنِ) أَي : وَتَرَكَ شَهْراً وَهَكَذَا أَوْ شَهْراً وَشَهْراً ، قَالَ فِي « التَّحْفَةِ » :
 (لِإِطْلَاقِ الْخَبَرِ ، وَكَمَا لَوْ نَذَرَ صَوْمَ سَنَةٍ ، وَيَفْرُقُ بَيْنَ هَذَا وَالْحَلْفِ بِأَنَّ الْقَصْدَ بِهِ الْامْتِنَاعُ وَالزَّجْرُ
 وَهُوَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالتَّوَالِي)^(٢) .

قوله : (وَقِيْدُهُ) أَي : جَوَازُ التَّفْرِيقِ إِمَامَ الْحَرَمَيْنِ .

قوله : (بِمَا جَرَيْتُ عَلَيْهِ بِقَوْلِي) مِمَّا يَصْرَحُ بِأَنَّ الْمَتْنَ لِلشَّارِحِ نَفْسِهِ .

قوله : (وَيَكُونُ) أَي : التَّعْرِيفُ الْمَفْرُقُ .

قوله : (كَالْعَادَةِ) أَي : زَمناً وَمَحْلاً وَقَدِراً .

قوله : (حَتَّى لَا يُنْسَى . . .) إِنْخ ، عِبَارَةُ الْإِمَامِ : نَعَمْ ؛ يَمْتَنِعُ تَأْخِيرُ يَوْدِي لِنَسْيَانِ النَّوْبِ السَّابِقَةِ ،
 وَيَجِبُ حِينَئِذٍ ذِكْرُ زَمَنِ الْوُجْدَانِ فِي التَّعْرِيفِ ؛ لِيَجْبَرَ التَّأْخِيرَ الْمُنْسِي . انْتَهَى ، نَقَلَهُ فِي « الْفَتْحِ »^(٣) .

قوله : (فَإِنْ أَبْطَأَ حَتَّى أَدَّى إِلَى ذَلِكَ) أَي : إِلَى نَسْيَانِ النَّوْبَةِ السَّابِقَةِ .

قوله : (أَمْتَنَعَ قَطْعاً) أَي : فَمَحَلُ الْخِلَافِ إِذَا لَمْ يَوْدِ ذَلِكَ التَّفْرِيقُ إِلَى نَسْيَانِ النَّوْبِ السَّابِقَةِ ،
 وَإِلَّا . . . فَلَا يَكْفِي بِلَا خِلَافٍ ، قَالَ فِي « التَّحْفَةِ » : (وَلَوْ مَاتَ الْمَلْتَقِطُ أَثْنَاءَ التَّعْرِيفِ . . . بَنَى وَارِثَهُ
 كَمَا بَحْثَهُ الزَّرْكَشِيُّ وَأَبُو زَرْعَةَ ، وَرَدَّ قَوْلَ شَيْخِهِ الْبَلْقِينِيِّ : الْأَقْرَبُ : الِاسْتِنَافُ ، كَمَا لَا يَبْنِي عَلَى
 حَوْلِ مَوْرَثِهِ فِي الزَّكَاةِ بِحَصُولِ الْمَقْصُودِ هُنَا لَا ثُمَّ ؛ لِانْقِطَاعِ حَوْلِ الْمَوْرَثِ بِخُرُوجِ الْمَلِكِ عَنْهُ بِمَوْتِهِ
 فَسَيَتَأَنَّفُ الْوَارِثُ الْحَوْلَ لَا بَتْدَاءَ مَلِكِهِ)^(٤) .

قوله : (وَبِأَنَّ يُبَيِّنُ فِي التَّعْرِيفِ زَمْنَ الْوُجْدَانِ) عَطَفَ عَلَى قَوْلِهِ : (بِمَا جَرَيْتُ . . .) إِنْخ ، فَهُوَ
 مِنْ تَقْيِيدِ الْإِمَامِ أَيْضاً ؛ كَمَا دَلَّ عَلَيْهِ عِبَارَتُهُ السَّابِقَةُ .

(١) بهجة الحاوي (ص ١٣٢) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٣٣٤) .

(٣) فتح الجواد (١/٦٣٣) .

(٤) تحفة المحتاج (٦/٣٣٤) .

ليكون ذلك في مقابلة ما جرى من التأخير المنسي . وأفهم قولي : (كالعادة) : أنه يُنادي أول التعريف كل يوم مرتين في طرفيه ، وهكذا إلى مضي أسبوع ، ثم كل يوم مرة إلى أسبوع آخر ، ثم في كل أسبوع مرة أو مرتين إلى مضي سبعة أسابيع ،

قوله : (ليكون ذلك) أي : بيان زمن الوجدان .

قوله : (في مقابلة ما جرى من التأخير المنسي) أي : فينجبر بذلك ، والحاصل كما قاله في « التحفة » : أنه متى أخر حتى ظن نسيانها ثم عرف وذكر وقت وجدانها جاز ، وإلا . . . فلا^(١) ، واعتبر أيضاً أن يذكر محل الوجدان ؛ كأن يقول في التعريف : من ضاعت له لقطة بمحل كذا وزمن كذا .

قوله : (وأفهم قولي : كالعادة . . .) إلخ ، حاصله : أنه لا يشترط استيعاب السنة كلها بالتعريف في كل يوم منها ، بل يكون على العادة الغالبة زمناً ونحوه ، وقد اختلفت عبائهم فيها غير أنها كما بينه الأذرعى متقاربة ، وهم متفقون على أن المعتبر في ذلك العرف ، والمقصود : أنه لا ينسى أنه تكرر لما سبق من التعريف ، قال : وسبب الاضطراب : اضطراب العرف أو اختلافه باختلاف النواحي .

قوله : (أنه ينادي أول التعريف) أي : بنفسه أو نائبه كما تقدم .

قوله : (كل يوم مرتين في طرفيه) أي : لا ليلاً ولا وقت القيلولة ، كذا في « المغني »^(٢) ، وقال العزيزي : (المراد بـ « الطرف » : وقت اجتماع الناس سواء في أوله أو وسطه) .

قوله : (وهكذا إلى مضي أسبوع . . .) إلخ ، قال صاحب « الذخائر » : يحتمل أن [تجعل] السنة أربعاً ؛ ثلاثة أشهر كل يوم مرتين ، وثلاثة أشهر كل يوم مرة ، وثلاثة أشهر كل أسبوع مرة ، وثلاثة أشهر كل شهر مرة ، وجزم به الكوهكيلوني . « حواشي الروض »^(٣) .

قوله : (ثم كل يوم مرة) أي : في أي : جزء من أجزائه ، قاله في « الفتح »^(٤) .

قوله : (إلى أسبوع آخر) أي : مضيه ، أو إلى أسبوعين كما في « شرح المنهج »^(٥) .

قوله : (ثم في كل أسبوع مرة أو مرتين . . .) إلخ ؛ أي : بحسب ما يتفق له .

(١) تحفة المحتاج (٣٣٢/٦) .

(٢) مغني المحتاج (٥٣٤/٢) .

(٣) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٩٢/٢) .

(٤) فتح الجواد (٦٣٣/١) .

(٥) فتح الوهاب (٢٦٣/١) .

ثُمَّ فِي كُلِّ شَهْرٍ مَرَّةً إِلَى آخِرِ السَّنَةِ ؛ بَحِيْثٌ لَا يُنْسَى أَنَّهُ تَكَرَّرَ ؛ لِمَا مَضَى كَمَا تَقَرَّرَ ، فَالْمُدَدُ الْمَذْكُورَةُ تَقْرِيْبِيَّةٌ . (وَمُؤَنُهُ) أَي : اَلتَّعْرِيفِ (عَلَيْهِ) أَي : مَرِيدِ اَلتَّمْلُكِ وَلَوْ بَعْدَ اَلتَّقَاطِهِ لِلْحِفْظِ ؛ لِأَنَّ اَلتَّعْرِيفَ سَبَبٌ لَتَمْلُكِهِ ، فَلِزَمَهُ مُؤَنُهُ وَإِنْ طَرَأَ لَهُ بَعْدُ أَنَّهُ لَا يَتَمَلَّكُهُ

قوله : (ثم في كل شهر مرة) أي : أو مرتين (إلى آخر السنة) .

قوله : (بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى كما تقرر) حيثية تقييد ، وإنما زيد في الأزمنة الأول ؛ لأن تطلب المالك فيها أكثر ، وتحديد المرتين وما بعدهما بما ذكر هو الأوجه كما في « التحفة »^(١) .

قوله : (فالمدد المذكورة) أي : في الأسبوعين وما بعدهما .

قوله : (تقريبية) أي : والضابط ما ذكره بقوله : (بحيث لا ينسى . . .) إلخ ، حتى لو فرض [أن] المرة التي بعد التعريف كل يوم لا تدفع النسيان وجب مرتين كل أسبوع ثم مرة كل أسبوع ، ولو وجدها اثنان . . . عرفاها سنة ولو منفردين عند السبكي ، واعتمده الرملي ؛ لأن قسمتها إنما تكون عند التملك لا قبله ، وكل سنة عند شيخه ابن الرفعة ؛ لأنه في النصف كلقطة كاملة ، وهو المتجه عند الشارح قال : نعم ؛ لو أناب أحدهما الآخر اعتد بتعريفه عنهما فيما يظهر ، ويظهر أيضاً : أنه لو عرف أحدهما سنة دون الآخر جاز له تملك نصفها وطلب القسمة^(٢) .

قوله : (ومؤنه ؛ أي : التعريف عليه ؛ أي : مرید التملك) أي : إن كان مطلق التصرف ، أما المحجور عليه بسفه أو صبا أو جنون . . . فلا يخرج وليه مؤنته من ماله وإن رأى التملك له أحظ ، بل يرفعها للحاكم ليبيع جزءاً منها لمؤنته وإن نازع فيه الأذرعى ، أفاده في « التحفة »^(٣) .

قوله : (ولو بعد التقاطه للحفظ) أي : ولو كان إرادته للتملك بعد . . . إلخ ، فلا فرق بين كون إرادة التملك في الابتداء أو في الأثناء بعد اللقط للحفظ ، وكالتملك قصد الاختصاص وقصد الالتقاط للخيانة .

قوله : (لأن التعريف سبب لتملكه . . .) إلخ ؛ أي : ولأن الحظ له في ظنه حالة التعريف .

قوله : (وإن طرأ له بعد) أي : للملتقط بعد أن قصد التملك .

قوله : (أنه لا يملكه) أي : بل غير قصده إلى حفظها أبداً ، وكذا لو ظهر مالكة وطلبها ، وقيل : إن ظهر مالكة . . . فالمؤنة عليه ؛ لعود الفائدة له .

(١) تحفة المحتاج (٦/٣٣٤) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٣٣٣-٣٣٤) .

(٣) تحفة المحتاج (٦/٣٣٦) .

أَمَّا مَرِيدُ الْحِفْظِ وَلَوْ بَعْدَ إِرَادَةِ التَّمْلُكِ . . فَمُؤْنُ التَّعْرِيفِ فِي بَيْتِ الْمَالِ . (ثُمَّ) بَعْدَ التَّمْلُكِ (رَدَّهُ) -
 وَلَوْ بَعْدَ التَّمْلُكِ وَجُوباً - بِحَاكِمِ أَقَامَ الْمَالِكُ بِهَا حِجَةً

قوله : (أما مرید الحفظ) مقابل قوله : (مرید التملك) .

قوله : (ولو بعد إرادة التملك) أي : أو لا لحفظ ولا لتملك أو لأحدهما ونسبه .

قوله : (فمؤن التعريف في بيت المال) أي : يرتبها القاضي منه قرصاً على ما قاله ابن الرفعة ، لكن مقتضى كلام الشيخين : أنه تبرع وإنفاق ، وهو الذي اعتمده الأذرعي وغيره ، وللحاكم حيث لا سعة في بيت المال أن يقترض من الملتقط أو غيره على المالك ، أو يأمره بصرفها ليرجع على المالك ، أو يبيع جزءاً منها إن رآه ؛ كما في هرب الجمال .

قال في « التحفة » : (فيجتهد ويلزمه فعل الأحظ للمالك من هذه الأربعة ، فإن عرف - أي : وأنفق - من غير واحد مما ذكر . . فمتبرع ، وظاهر « المنهاج » و« أصله » : جريان ذلك أوجبنا التعريف أو لا ، وصرح به جمع ، واعتمده محققو المتأخرين ، ويوافقه كلام « الروضة » و« أصلها » ، وهو إن قلنا : لا يجب التعريف . . فهو متبرع إن عرف ، وإن قلنا : يجب . . فليس عليه مؤنته ، بل يرفع الأمر إلى القاضي . . . وذكر ما في « المنهاج » وهو صريح فيما ذكر ، وبه صرح الأذرعي ^(١) ، وقد نقلته فيما تقدم .

قوله : (ثم بعد التملك) كذا في الأصل ، ولعله بعد التعريف .

قوله : (رده) أي : الملقوط .

قوله : (ولو بعد التملك) أي : اختياره التملك بلفظ صريح فيه ؛ كتملكت هذه اللقطة ، أو كناية مع النية ، أو إشارة أحرص مفهومة ، ويبحث النجم ابن الرفعة : أنه لا بد في الاختصاص - ككلب وخمر ومحترمين - من لفظ يدل على نقل الاختصاص الذي كان لغيره لنفسه ؛ كأن يقول : نقلت الاختصاص به إلي .

قوله : (وجوباً) معمول رده .

قوله : (بحاكم) أي : بإذنه إن كان ثم حاكم .

قوله : (أقام المالك بها) أي : باللقطة .

قوله : (حجة) أي : على أنها له ولو كانت شاهداً ويميناً ، فتعبيره بها أولى من تعبير غيره بد (البينة) .

عنده ، وحيث لا حاكم . . يجوز له أن يرد لمن وصفها له وصدقته ، لكنّها من ضمانه لو بانّت لغير من ردّ إليه ؛ لتقصيره في الجملة . وإذا ردّه وهو باقٍ

قوله : (عنده) أي : الحاكم ، فلا يكفي إخبارها ؛ أي : الحجة للملتقط ، بل لا بد من سماع الحاكم لها وقضائه على الملتقط .

نعم ؛ إن خشي منه انتزاعها لشدة جوره . . احتمل الاكتفاء بإخبارها للملتقط ، واحتمل أنهما يحكما من يسمعهما ويقضي على الملتقط ، وهذا أوجه كما في « النهاية »^(١) .

قوله : (وحيث لا حاكم) أي : هناك أو كان وكان شديد الجور .

قوله : (يجوز له) أي : للملتقط ، ولا يجب .

قوله : (أن يرد لمن وصفها له) أي : وصفاً أحاط بجميع صفاتها .

قوله : (وصدقته) أي : وظن الملتقط صدق الواصف ، وإنما لم يجب الدفع إليه ؛ لأنه مدع فيحتاج للينة ، ومتهم باحتمال سماعه لوصفها من نحو مالکها ، على أن محل جواز الرد للواصف إن اتحد الواصف ، وإلا ؛ بأن ادعاها كل لنفسه ووصفه . . لم تسلم لأحد إلا بحجة ؛ كينة سليمة من المعارض ، أما إذا لم يظن صدقه . . فلا يجوز الدفع له .

قوله : (لكنها من ضمانه) أي : الملتقط ؛ استدراك على ما تضمنه جواز الرد للواصف من أنه تبرأ ذمة الملتقط .

قوله : (لو بانّت) أي : اللقطة .

قوله : (لغير من رد إليه) أي : الواصف المذكور من غير إلزام الحاكم .

قوله : (لتقصيره في الجملة) أي : فهو منسوب لنوع التقصير في الدفع ، قال في « الفتح » : (نعم ؛ له الرجوع بدلها الذي غرمه لمن أثبتّها على واصف دفعها له فتلفت عنده ولم يقر له بالملك ، وللمالك مطالبة الواصف أيضاً إن قبض من الملتقط عينها)^(٢) .

قوله : (وإذا رده) أي : الملقوط للمالك .

قوله : (وهو باق) أي : بعينه ، قال في « التحفة » : (فإن تملكها فلم يظهر المالك . . لم يطالب بها في الآخرة ؛ لأنها من كسبه كما في « شرح مسلم »)^(٣) ، ويحث الزيادي تقييد ذلك بما إذا عزم على ردها أو رد بدلها إذا ظهر مالکها ، لكن قضية إطلاق الشارح : أنه لا فرق ، ووجهه (ع ش)

(١) نهاية المحتاج (٤٤٤/٥) .

(٢) فتح الجواد (٦٣٥/١) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٣٨/٦) .

لزمه أن يردّه (مع زوائد له متصلة) وإن حدثت بعد التملك ؛ تبعاً للأصل (ومُنْفَصِلَة) حدثت قبل التملك ، بخلاف المنفصلة الحادثة بعد التملك ؛ لحدوثها على ملك الملتقط . (و) يردُّ (بدله)

بأنه حيث أتى بما وجب عليه من التعريف وتملك .. صارت من جملة أكسابه ، وعدم نيته ردها إلى مالكة لا يزيل ملكه وإن أثم به ، وعلى قول الزيادي : فينبغي أن يلحق به ما لو لم يقصد رداً ولا عدمه^(١) .

قوله : (لزمه) أي : الملتقط .

قوله : (أن يردّه) أي : إلى مالكة ما لم يلزم عليه إبطال حق لازم ، وليس للملتقط إلزامه أخذ بدله ما دام في ملكه كما في القرض ، فإن باعه .. فليس له فسخ البيع ، فإن كان في مدة الخيار .. فهل له الفسخ ؟ وجهان حكاهما الشاشي ، وجعل ابن كج الوجهين في إيجاب الملتقط على الفسخ ، قال الشيخان : ويجوز فرضهما في الانفساخ ، قال الرافعي : كالوجهين فيما إذا باع العدل الرهن بضمن مثله وطلب في المجلس بزيادة . انتهى « شرح البهجة »^(٢) .

قوله : (مع زوائد له) أي : الملقوط .

قوله : (متصلة) أي : كسمن وتعلم صنعة .

قوله : (تبعاً للأصل) تعليل للزوم رد الزوائد المتصلة .

قوله : (ومنفصلة حدثت قبل التملك) أي : كنظيره من الرد بالعيب وغيره ، فلو التقط حائلاً فحملت قبل تملكها ثم ولدت .. رد الولد مع الأم ، ويجب تعريف هذا الولد بعد انفصاله من أمه . نعم ؛ يكفي ما بقي من تعريف الأم ؛ لأنه تابع ، واستظهر سقوطه بعد تمام تعريف الأم وقبل التملك ؛ اكتفاء بما تقدم من تعريف الأم .

قوله : (بخلاف المنفصلة الحادثة بعد التملك) أي : فلا يلزم ردها .

قوله : (لحدوثها على ملك الملتقط) تقدم في (الرد بالعيب) : أن الحمل الحادث بعد الشراء كالمنفصل ، فيكون الحادث هنا بعد التملك للملتقط ، ولا ينافي هذا قوله : (ومنفصلة حدثت قبل التملك) لأنه في غير الحمل فهو مخصوص بهذا ، قال الماوردي : (ومؤنة الرد على الملتقط ؛ لأنه قبض العين لغرض نفسه ، فإن حصل الرد قبل أن يملكها .. فمؤنة الرد على مالكة) .
قوله : (ويرد بدله) أي : الملقوط .

(١) حاشية الشيرازي (٤٤٣/٥) .

(٢) الغرر البهية (٥٠٥/٦) .

مِنَ الْمِثْلِ فِي الْمِثْلِيِّ ، وَالْقِيَمَةِ فِي الْمَتَقَوْمِ ، وَيُعْتَبَرُ يَوْمُ التَّمْلُكِ فِي الْمَتَقَوْمِ (إِنْ تَلَفَ) . . فليس له ردُّ بدله مع وجوده .

قوله : (من المثل في المثلّي والقيمة في المتقوم) بيان للبدل ، وأخذ ابن الرفعة أخذاً من تشبيهها بالقرض : أنه يجب فيما له مثل صوري رد المثل ، ورده الأذرعى بأنه لا يبعد الفرق ، وهو كما قال ؛ لأن ذاك تملك برضا المالك وإحسانه فروعى ، وهذا قهري عليه فكان بضمان اليد أشبه . « تحفة » و « نهاية »^(١) .

قوله : (ويعتبر يوم التملك) أي : وقته ، وكذا مكانه .

قوله : (في المتقوم) أي : قيمته ؛ لأن ذلك يوم دخول اللقطة في ضمانه ، وضمانها ثابت في ذمته من يوم التلف .

قوله : (إن تلف) أي : الملقوط حساً ؛ كالموت ، أو شرعاً ؛ كالإعتاق ، ولو قال الملتقط [للمالك] بعد التلف : كنت ممسكها لك وقلنا بالأصح : أنه لا يملكها^(٢) إلا باختيار التملك . . لم يضمنها ، وكذا لو قال : لم أقصد شيئاً ، فإن كذبه المالك في ذلك . . صدق الملتقط بيمينه ؛ لأن الأصل براءة ذمته ، أما التلف قبل التملك من غير تفريط . . فلا ضمان فيه على الملتقط كالمودع . انتهى « مغني »^(٣) .

قوله : (فليس له) أي : للملتقط مع عدم رضا المالك كما هو ظاهر .

قوله : (رد بدله) أي : الملقوط المثلّي أو المتقوم .

قوله : (مع وجوده) أي : كالقرض ، ومن ثم : لو تعلق به حق لازم يمنع بيعه . . تعين البدل ، فإن لم يتنازعا ورده له سليماً . . لزمه القبول ، وإن نقص بعيب أو نحوه طراً بعد التملك وطلب الملتقط رده مع الأرض . . لزم المالك أخذه مع الأرض في الأصح ؛ لقاعدة : أن ما ضمن كله عند التلف يضمن بعضه عند النقص ولم يخرج عنها كما قاله في « المغني » إلا مسألة الشاة المعجلة . . فإنها تضمن بالتلف ، وإن نقصت . . لم يجب أرشها^(٤) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(١) تحفة المحتاج (٣٣٩/٦) ، نهاية المحتاج (٤٤٤/٥) .

(٢) في الأصل : (يمسكها) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) مغني المحتاج (٥٣٧/٢) .

(٤) مغني المحتاج (٥٣٧/٢) .

(فَضْلٌ)

في اللَّقِيطِ

وَهُوَ : الطُّفْلُ الْمُنْبُوذُ فِي نَحْوِ شَارِعٍ أَوْ مَسْجِدٍ . (يَجِبُ) عَلَى الْكُفَايَةِ حَيْثُ عَلِمَ اثْنَانِ فَأَكْثَرُ ،
فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ إِلَّا وَاحِدٌ فَعَلَى الْعَيْنِ

قوله : (فصل في اللقيط) فعيل بمعنى مفعول ، ويقال له : منبوذ ودعي ؛ فالأول باعتبار أنه يلقط ، والثاني باعتبار أنه ينبذ ، والثالث للجهل بمن ينسب إليه .

قوله : (وهو) أي : اللقيط شرعاً .

قوله : (الطفل المنبوذ في نحو شارع أو مسجد) أي : لا كافل له معلوم ولا يعرف له مدع ، فهو بحسب اللغة من مجاز الأول ثم صار حقيقة شرعية ، وذكر الطفل للغالب ؛ فإن الأصح : أن المميز والمجنون البالغ يلتقطان ؛ لاحتياجهما إلى التعهد ، وكذا ذكر النبذ للغالب أيضاً ؛ إما لكونه من فاحشة خوفاً من العار ، أو للعجز من مؤنته .

والأصل فيه : قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ، وقوله : ﴿ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ ﴾ ، روى مالك رضي الله تعالى عنه في « الموطأ » : (أن سُنيْنًا أبا جميلة رضي الله تعالى عنه وجد منبوذاً ، فجاء به إلى عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فقال له : ما حملك على أخذ هذه النسمة ؟ فقال : وجدتْها ضائعة فأخذتها ، فقال عريفه - واسمه سنان - : يا أمير المؤمنين ؛ إنه رجل صالح ، فقال عمر رضي الله تعالى عنه : أكذلك ؟ قال : نعم ، فقال : اذهب به فهو حر ، لك ولاؤه - أي : تربيته وحضنته - وعلينا نفقته ^(١) أي : في بيت المال ؛ بدليل رواية البيهقي : (ونفقته في بيت المال) ^(٢) .

وأركانها : لقيط ، ولاقط ، ولقط ، وكلها يعلم مما يأتي .

قوله : (يجب على الكفاية . . .) إلخ ؛ أي : فيسقط الحرج بفعل البعض الكافي .

قوله : (حيث علم) أي : بالمنبوذ .

قوله : (اثنان فأكثر) أي : ولو مترتباً على المعتمد ، ولو كانوا فسقة علموا به . . . فيجب الالتقاط عليهم وإن لم تثبت لهم الولاية .

قوله : (فإن لم يعلم) أي : بالمنبوذ .

قوله : (إلا واحد . . فعلى العين) نعم ؛ لو لم يلتقطه حتى علم به غيره . . فهل يجب عليهما

(١) الموطأ (٢/٧٣٨) .

(٢) السنن الكبرى (٦/٢٠١) .

(اَلْتَقَاطُ مَنْبُذٍ) فِيمَا ذُكِرَ ، (وَإِشْهَادٌ) عَلَى أَخْذِهِ لَهُ وَمَا مَعَهُ وَإِنْ كَانَ عَدْلًا ؛ خَوْفًا مِنْ أَنْ يَسْتَرْقَهُ وَيَأْخُذَ مَالَهُ ،

كما لو علما معاً ، أو على الأول معاً ؟ أبدى النجم ابن الرفعة فيه احتمالاً ، قال السبكي : والذي يجب القطع به أنه يجب عليهما ، وهو المعتمد كما قررناه .

قوله : (التقاط منبوذ) أي : مطروح ، والتعبير به للغالب كما مر ؛ فمثله ما إذا كان ماشياً وليس معه أحد .

قوله : (فيما ذكر) أي : نحو الشارع ؛ وذلك صيانة للنفس المحترمة عن الهلاك كالمضطر ، بل أولى ؛ لأن البالغ ربما احتال لنفسه ، ولقوله : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ إذ بإحيائها أسقط الحرج عن الناس فأحياهم بالنجاة من العذاب ، وفارق اللقطة حيث لم يجب التقاطها ؛ بأن المُغْلَبَ فيها معنى الاكتساب المجبول على حُبِّ النفوس ، فاستغني بذلك عن الإيجاب ؛ كالنكاح والوطء فيه

قوله : (وإشهاد على أخذه له) أي : ويجب إشهاد... إلخ لرجلين ولو مستورين ؛ لأنه يعسر عليه إقامة العدلين ظاهراً وباطناً ، وقيد الماوردي وغيره وجوب الإشهاد بالملتقط بنفسه ، أما من سلمه الحاكم له.. فالإشهاد مستحب له قطعاً ؛ قال : لأن تسليمه حكم يغني عنه ، قال في « التحفة » و« النهاية » : (إنما يتأتى هذا التعليل على الضعيف : أن تصرف الحاكم حكمً مطلقاً ، فالوجه : تعليله بأن تسليم الحاكم فيه معنى الإشهاد فأغنى عنه)^(١) ، قال (ع ش) : (ولعل وجهه : أن ما يفعله الحاكم يشتهر أمره فيُستفاد به العلم بالالتقاط ، وهو بمنزلة الشهادة) تأمل^(٢) .

قوله : (وما معه) أي : ويجب إشهاد على ما مع اللقيط من نحو المال .

قوله : (وإن كان) أي : اللاقط ؛ غاية لوجوب الإشهاد .

قوله : (عدلاً) أي : مشهور العدالة ثابتها ؛ بأن تثبت بالمزكّين ، واشتهرت حملاً للفظ على فرده الكامل ، فغيره كمستور العدالة من باب أولى . (ع ش)^(٣) .

قوله : (خوفاً من أن يسترقه ويأخذ ماله) أي : اللقيط ؛ لتعليل لذلك ، وعبرة « التحفة » : (لئلا يُسْتَرْقَ ويضيع نسبه المبني على الاحتياط له أكثر من المال ، ووجوبه على ما معه المنصوص

(١) تحفة المحتاج (٣٤٢/٦) ، نهاية المحتاج (٤٤٧/٥) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٤٤٧/٥) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٤٤٧/٥) .

فإن ترك لاقطه الإشهاد. . . انتزعه الحاكم منه ؛ لفسقه عند الزركشي ، ولتدليسه عندي . (وتربيته) كحفظه ورعايته ؛ لأنها مقصود الالتقاط ، لا نفقته وحضانه التي ذكروها في الإجارة ؛

عليه في « المختصر » وقع بطريق التبع له ، فلا ينافي ما مر في اللفظة (انتهى^(١)) ؛ أي : من أنه لا يجب الإشهاد ، بل قد يقال بعدم المنافاة وإن لم تعتبر التبعية ؛ إذ المذهب فيها معنى الاكتساب ، وهنا الولاية على اللقيط وما معه ، فليتأمل .

قوله : (فإن ترك لاقطه الإشهاد) أي : على أخذه له أو على ما معه على وجوب الإشهاد .

قوله : (انتزعه) أي : اللقيط وما معه .

قوله : (الحاكم منه) أي : من اللاقط ، فلا تثبت له ولاية الحضانة ، إلا إن تاب وأشهد . . فيكون التقاطاً جديداً من حينئذ كما بحثه السبكي .

قوله : (لفسقه) أي : اللاقط بترك الإشهاد .

قوله : (عند الزركشي) أي : وسبقه إليه السبكي ؛ فقد نقلنا في « التحفة » و« النهاية » عنه التصريح بأن ترك الإشهاد فسق وأقره^(٢) ، ومقتضاه : وجوب الانتزاع لاشتراط العدالة ، وهو ظاهر ، خلافاً لما أوهمه تعبير جمع ييجوز من عدم الوجوب ، إلا أن يقال : إنه جواز بعد امتناع . . فيصدق بالوجوب ، ولعله مرادهم ، فليتأمل .

قوله : (ولتدليسه عندي) أي : فلا يكون ترك الإشهاد هنا فسقاً ، وعبارته في « الفتح » : (وينزعه إن شاء ممن لم يشهد ؛ لتدليسه فاقترضت مصلحة المنبوذ نزعه منه وإن لم يفسق) انتهى^(٣) .

قوله : (وتربيته) أي : وتجب تربية اللقيط .

قوله : (كحفظه ورعايته) تمثيل للتربية المرادة هنا .

قوله : (لأنها مقصود الالتقاط) أي : للقيط ؛ تعليل لوجوبها .

قوله : (لا نفقته . . .) إلخ ؛ أي : لا كنفقته ، فهو عطف على (حفظه) وكذا قوله : (وحضانه التي ذكروها في الإجارة) أي : سواء الحضانة الصغرى ؛ وهي الإرضاع ، وما يتعلق به ، كوضع الطفل في الحجر وإلقائه الثدي وعصره له بقدر الحاجة ، والحضانة الكبرى ؛ وهي تعهد الصبي بغسل رأسه وبدنه وثيابه وتطهيره من النجاسات ، وتدهينه وتكحيله وإرضاعه في

(١) تحفة المحتاج (٣٤٢/٦) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٤٢/٦) ، نهاية المحتاج (٤٤٧/٥) .

(٣) فتح الجواد (٦٣٦/١) .

لأنَّ فيهما مشقةً ومؤنةً كبيرةً ، فإنَّ عرضَ له عجزٌ عن حفظه ورعايته . . سلَّمَهُ لِلْقَاضِي ، وَلَهُ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ لِتَبَرُّمٍ أَوْ غَيْرِهِ وَإِنْ قَدَرَ عَلَى ذَلِكَ أَيْضاً . وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ اتِّفَاقاً نَبْذُهُ وَرَدُّهُ إِلَى مَا كَانَ . (وَ) لَوْ أَزْدَحَمَ عَلَيْهِ أَثْنَانِ

المهد ، وغيره مما هو مفصل في الإجارة فإن كلاً من النفقة والحضانة لا يجب عليه .

قوله : (لأنَّ فيهما مشقة ومؤنة كبيرة) تعليل لقوله : (لا نفقته وحضانته . . .) إلخ ، قال في « الأسنى » : (فالمراد بقولهم هنا : « وحضانته على الملتقط » : حفظه وتربيته لا الحضانة المذكورة)^(١) .

قوله : (فإنَّ عرض له) أي : للاقط .

قوله : (عجز عن حفظه ورعايته) أي : اللقيط .

قوله : (سلمه للقاضي) أي : وجوباً أو نائبه .

قوله : (وله تسليمه إليه لتبرم أو غيره) أي : كإعراض عنه ، فتقييد بعضهم بالتبرم جري على الغالب كما نبه عليه في « الأسنى »^(٢) .

قوله : (وإن قدر على ذلك أيضاً) أي : كما هو الأصح في « الروضة » و « أصلها »^(٣) .

قوله : (ويحرم عليه اتفاقاً) أي : اللاقط بلا خلاف .

قوله : (نبذه ورده إلى ما كان) أي : اللقيط فيه ، قالوا في « التحفة » و « النهاية » : (ويجب رد من له كافل كوصي وقاض وملتقط لكافله) انتهى ، وكأن المراد بـ (القاضي) : ما إذا كان هو تعاطى كفالاته بالفعل ؛ وإلا . . فله الكفالة العامة الشاملة لكل من لا كافل له في ولايته ، فلو وجب الرد مطلقاً . . لنافى ذلك قولهم : ولا تفتقر ولاية الالتقاط إلى إذن [الحاكم] ، وغير ذلك من فروع الباب كما هو واضح لمن تتبعها ، ثم ينبغي أن محل الرد إليه حيث لا يخشى عليه منه ، أفاده السيد عمر البصري^(٤) .

قوله : (ولو ازدحم عليه) أي : اللقيط .

قوله : (اثنان) أي : فأكثر وهما أهل للقط وما يتعلق به ، فلو كان أحدهما غير أهل . . فهو كالعدم ويستقل الأهل به ، فما في كلام بعضهم : أن الأهل له نصف الولاية عليه ويعين الحاكم من

(١) أسنى المطالب (٢/٤٩٧) .

(٢) أسنى المطالب (٢/٤٩٧) .

(٣) روضة الطالبين (٥/٤٢١) ، الشرح الكبير (٦/٣٨٦) .

(٤) انظر « حاشية الشرواني » (٦/٣٤٢) .

(قَدْماً سَابِقٌ) بِالْأَخْذِ لَا بِالْوُقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ الْأَحَقُّ . (ثُمَّ) إِنْ أَسْتَوِيَ سَبَقاً بِأَنْ أَخَذَاهُ مَعاً . قَدْماً (أَصْلَحُ) وَهُوَ الْمَقِيمُ بِمَحَلٍّ وَجُودِهِ عَلَى مَنْ يَظُنُّ بِهِ عَنْهُ ؛

يتولى النصف الآخر . . فيه نظر ظاهر ؛ ويؤيده ما يأتي : أنهما لو تنازعا . . أقرع ، ولو كان الحق يثبت لأكثر من واحد . . شرك بينهما ، فليتأمل .

قوله : (قدم سابق بالأخذ) أي : فيمنع الآخر من مزاحمته ، فلو ازدحما قبل الأخذ فأراد كل وهما أهل . . جعله الحاكم عند من يراه ولو غيرهما ؛ إذ لا حق لهما قبل ، فلزم الحاكم فعل الأحظ للقيط ، وليس له جعله تحت يدهما معاً ؛ لأنه قد يؤدي إلى ضرر الطفل بتواكلهما في شأنه ، تأمل .

قوله : (لا بالوقوف عليه) أي : لا يقدم بالوقوف على اللقيط ؛ فلا حق بمجردده ، قال في « التحفة » : (ويتدرد النظر فيما لو سبق بوضع يده على بدنه أو بجره على الأرض من غير أخذ له . . هل يثبت به حق أو لا ؟ وظاهر تعبيرهم بالأخذ يقتضي الثاني ، لكن الذي يتجه في الجبر : أنه كالأخذ ؛ لأن المدار على الاستيلاء - وهو يحصل بالجبر - لا مجرد وضع اليد من غير أخذ) انتهى ، تأمل^(١) .

قوله : (لأنه الأحق) تعليل لتقديم السابق ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه . . فهو أحق به » رواه أبو داود^(٢) .

قوله : (ثم إن استويا سبقاً) أي : الاثنان في سبق .

قوله : (بأن أخذه معاً) أي : وهما أهل لحفظه وحفظ ماله .

قوله : (قدم أصلح) أي : باللقيط .

قوله : (وهو المقيم بمحل وجوده) أي : اللقيط من بلد أو قرية .

قوله : (على من يظن به عنه) أي : عن ذلك المحل من بلد أو قرية أيضاً .

وإيضاحه : ما ذكره الإمام النووي : أنه لو ازدحم على لقيط في البلدة أو القرية مقيم وظاعن . . قال الشافعي رضي الله تعالى عنه في « المختصر » : المقيم أولى ، قال الأصحاب : إن كان الظاعن يظن إلى البادية أو إلى بلدة أخرى وقلنا : ليس للمنفرد الخروج به إلى بلدة . . فالمقيم أولى ، وإن جوزنا له ذلك . . فهما سواء ، ولو اجتمع على لقيط في القرية قروي مقيم بها وبلدي . . قال ابن

(١) تحفة المحتاج (٦/٣٤٤) .

(٢) سنن أبي داود (٣٠٧١) عن سيدنا أسمر بن مضر رضي الله عنه .

لأنَّ بقاءَهُ بهِ أقربُ إلى حفظِ نسبِهِ . فإنَّ كانا مسافرَينِ . قُدِّمَ بلديُّ على قرويٍّ ؛ لأنَّ البلدَ أرفقُ بهِ .
فإنَّ استويا سَبَقاً وإقامةً . قُدِّمَ غنيٌّ ؛ لأنَّهُ قَدَّ يُوَاسِيهِ بِمالِهِ

كج : القروي أولى ، وهذا مخرج على منع النقل من بلد إلى بلد ، فإن جوزناه وجب أن يقال :
هما سواء .

قلت : المختار : الجزم بتقديم القروي مطلقاً كما قاله ابن كج ، وإنما يجوز النقل إذا لم
يعارضه معارض . انتهى^(١) .

قوله : (لأن بقاءه به) أي : اللقيط بمحل وجوده .

قوله : (أقرب إلى حفظ نسبه) أي : عن الضياع ؛ ولا سيما إذا كان إلى محل بعيد عن ذلك .

قوله : (فإن كانا مسافرين) أي : وكان أحدهما بلدياً والآخر قروياً أو بدوياً .

قوله : (قدم بلدي على قروي) ظاهره : ولو كان القروي غنياً .

قوله : (لأن البلد أرفق به) أي : باللقيط من القرية ، ومن باب أولى البادية ، ووجه أرفقية

البلد عليهما : خشونة عيشهما وفوات العلم بالدين والصناعة ، ومن ثم : لم يجز النقل من البلد
إليهما إلا إن قربتا من البلد أو القرية بحيث يحصل ذلك منه بلا كبير مشقة ، ولو ازدحم عليه حضري
ويدوي وقد وجداه ببادية لا مهلكة . . استويا فيه من هذه الجهة لا مطلقاً ، فإن وجداه بمهلكة . .
قدم حضري ؛ لأنه لا بد من نقله منها .

قوله : (فإن استويا) أي : الاثنان .

قوله : (سبقاً . .) إلخ ؛ أي : إلى أخذه كما هو قضية السياق .

قوله : (قدم غني) أي : على الفقير ، قال في « التحفة » : (يظهر ضبطه - أي : الغني - بغني

الزكاة ؛ بدليل مقابلته بالفقير)^(٢) ، قال (ع ش) : (ظاهره : ولو كان غناه بكسب ، ولعله غير
مراد ، وأن المراد هنا : غنى المال ؛ نظير ما مر في الوقف على الفقراء [حيث] يدخل فيهم الغني
بكسب ، ويشعر به قول الشارح ؛ لأنه قد يواسيه . . . إلخ .

نعم ؛ لو كان أحدهما كسوباً والآخر لا كسب له . . قدم ذو الكسب) انتهى^(٣) .

قوله : (لأنه) أي : الغني ؛ تعليل لتقدمه على الفقير .

قوله : (قد يواسيه بماله) أي : فهو أرفق به غالباً ، وأيضاً : فإن الفقير قد يشغله طلب القوت

(١) روضة الطالبين (٤٢٣/٦) .

(٢) تحفة المحتاج (٣٤٤/٦) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٤٤٩/٥) .

وَيُقَدَّمُ مَعْلُومُ الْعَدَالَةِ عَلَى مُسْتَوْرِهَا ، وَإِنْ أَسْتَوِيَا فِي كُلِّ ذَلِكَ .. أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا . (وَيَمُونُهُ) لَاقِطُهُ
(مِنْ مَالِهِ) لِأَنَّهُ غَنِيٌّ ،

عن الحضانة ، قال في « التحفة » : (ولا عبرة بتفاوتهما في الغنى إلا إن تميز أحدهما بنحو سخاء
وحسن خلق على ما بحث) انتهى^(١) .

قوله : (ويقدم) أي : عند استواء الاثنين في أصل الغنى .

قوله : (معلوم العدالة) أي : بكونه مزكياً عند حاكم .

قوله : (على مستورها) أي : العدالة ؛ بأن لم يعلم فسقه ولا يعرف تركيته عند حاكم ، أما
العدل عند الله .. فلا يعلمه إلا الله تعالى ، وإنما قدم معلوم العدالة ؛ للاحتياط باللقيط ، قال في
« الغرر » : (والظاهر : أنه لو ازدحم عليه غني مستور وفقير ظاهر العدالة .. قدم الغني ، ويحتمل
تقديم الفقير ، ويحتمل الرجوع إلى القرعة أو إلى اجتهاد الحاكم ، ولا يقدم المسلم على الكافر في
الكافر ، ولا المرأة على الرجل ، بخلاف الحضانة تقدم الأم فيها على الأب ؛ لأن المرعي فيها
الشفقة وهي في الأم أتم ..) إلخ^(٢) .

قوله : (وإن استويا) أي : الاثنين .

قوله : (في كل ذلك) أي : من الصفات السبق والإقامة وغيرهما وتشاحا .

قوله : (أقرع بينهما) أي : الاثنين المستويين فيه ؛ لعدم الأولوية ، ولا يهايا بينهما ؛ للإضرار
باللقيط ، ولا يترك في أيديهما ؛ لتعذر أو تعسر الاجتماع على الحضانة ، ولا يخرج عنهما ؛ لما
فيه من إبطال حقهما ، ولا يترك عند من يختاره اللقيط منهما بغير قرعة ، بخلاف تخيير المميز بين
أبويه ؛ لتعويلهم هناك على الميل الناشئ عن الولادة وهو معدوم هنا ، وليس للقارع ترك حقه
كالمنفرد ؛ بخلافه قبل القرعة فإنه يجوز وينفرد به الآخر ؛ كالشفيعين .

قوله : (ويمونه لاقطه من ماله) أي : الثابت له ؛ لما يأتي ، لكن بإذن الحاكم ؛ ففي « الفتح » :
(ومن التقط لقيطاً .. استقل بحفظ ماله كنفسه ، بل أولى ، ومحله كما قاله جمع : إن كان عدلاً
بحيث يجوز إيداع مال اليتيم عنده ، أما التصرف فيه .. فلا بد من إذن القاضي له فيه) تأمل^(٣) .

قوله : (لأنه غني) أي : ولأنه لو كان في حضانة أبيه الموسر وله مال .. كانت مؤنثه من ماله
فهنا أولى .

(١) تحفة المحتاج (٦/٣٤٤-٣٤٥) .

(٢) الغرر البهية (٦/٥١٢-٥١٣) .

(٣) فتح الجواد (١/٦٣٧) .

ثُمَّ مَالُهُ هُوَ (كَمَا) أَي : الْمَحْلُ الَّذِي (هُوَ بِهِ) أَي : فِيهِ وَحْدَهُ وَلَمْ يَعْرِفْ مُسْتَحَقُّ ، وَكَالْثِيَابِ الَّتِي هِيَ (عَلَيْهِ) وَمِنْهَا الْحَلِيُّ وَمَالٌ مُرَبُوطٌ فِيهِ ، أَوْ فِيمَا عَلَيْهِ ، وَدَنَانِيرُ مَنُورَةٌ عَلَيْهِ وَفَوْقَ فَرَّاشِهِ (وَ) مَا هُوَ (تَحْتَهُ) مِنْ نَحْوِ فَرَّاشٍ

قوله : (ثم ماله) أي : المال الذي يحكم بكونه للقيط .

قوله : (هو كما ؛ أي : المحل . . .) إلخ ؛ أي : كدار أو حانوت أو خيمة ، لا كالبيتان فلا يحكم له على الأرجح من وجهين ، بخلاف الدار ؛ لأن سكناها تصرف والحصول في البيت ليس تصرفاً ولا سكنى ، ومقتضى التعليل : أنه لو كان يسكن عادة . . فهو كالدار ، وهو كذلك ، ومثله الضيعة ، بل قال النووي : (ينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها)^(١) ، والمراد بها : المزرعة التي لم تجر عادة بسكناها .

قوله : (الذي هو) أي : اللقيط .

قوله : (به ؛ أي : فيه) أي : المحل ، فالباء بمعنى : (في) .

قوله : (وحده ولم يعرف مستحق) أي : ولا مزاحم له ، فإن وجد في ذلك غيره لقيط أو كامل . . فهو لهما أو لهما بحسب الرؤوس ، قال في « النهاية » : (كما لو كانا على دابة ، فلو ركبها أحدهما وقادها الآخر . . فلأول فقط ؛ لتمام الاستيلاء ، وما في « الروضة » عن ابن كج من أنها بينهما وجه كما قاله الأذري ، والصحيح : أنها للراكب ، وألحق بذلك الأذري أيضاً ما لو كانت الدابة مربوطة بوسطه وعليها راكب معترضاً بذلك قول الشيخين : إنها بينهما ، وقد يجاب بأن العادة جارية بأن السائق يكون آلة للراكب ومعيناً له فلا يد له معه ، بخلاف ما هنا ؛ فإن ربطها بوسط الطفل قرينة ظاهرة على أن له فيها يداً ، ويد الراكب ليست معارضة لها فقسمت بينهما .

هذا ؛ والأوجه فيها أيضاً : أن اليد للراكب كالتي قبلها ، ومثل الدابة ما عليها)^(٢) .

قوله : (وكالتياب التي هي عليه) أي : اللقيط ، عطف على (كما . . .) إلخ .

قوله : (ومنها) أي : من الأموال المحكوم بأنها للقيط ، ويحتمل أن الضمير للثياب .

قوله : (الحلبي ومال مربوط فيه) أي : في جسد اللقيط كوسطه .

قوله : (أو فيما عليه) أي : أو مربوط فيما عليه ؛ كالقميص أو التكة .

قوله : (ودنانير منورة عليه) أي : على بدنه (وفوق فراشه) .

قوله : (وما هو تحته من نحو فراش) أي : أو فوقه ؛ كالدثار المغطى به من لحاف وغيره .

(١) روضة الطالبين (٤٢٤/٥) .

(٢) نهاية المحتاج (٤٥٢/٥) .

ولو دنائيرَ منشورةً تحت فراشه ؛ وذلك لأنَّ له يداً واختصاصاً كالبالغ . والأصلُ الحرِّيَّةُ ما لم يُوجدْ غيرُها ، وخرجَ بِمَا ذَكَرَ : الدَّفِينُ بمحلِّ لغيره وما قربَ منه عُرْفاً وإنَّ عُدَّ مستولياً عليه

قوله : (ولو دنائير منشورة تحت فراشه) أي : أو بدنه ، وكذا سائر ما يوجد تحت يده واختصاصه^(١) ، فكل ذلك يحكم بأنه له بالمعنى الآتي .

قوله : (وذلك) أي : كون ما ذكر للقيط .

قوله : (لأن له يداً واختصاصاً كالبالغ . . .) إلخ ، لكن المراد كما نبه عليه الزركشي وجزم به في « الفتح » بكون ما ذكر للقيط . . صلاحيته للتصرف فيه ودفع المنازع له ، لا أنه طريق للحكم بصحة ملكه ابتداءً^(٢) ، فلا يسوغ للحاكم بمجرد ذلك أن يقول : ثبت عندي أنه ملكه ، وفائدة ذلك كما قاله (ع ش) : أنه لو ادعاه أحد بينة . . سلم للمدعي ، تأمل^(٣) .

قوله : (والأصل . . .) إلخ ؛ أي : والغالب في الناس (الحرية) .

قوله : (ما لم يوجد غيرها) أي : ولم يوجد في ذلك .

قوله : (وخرج بما ذكر) أي : ما هو به وعليه وما هو تحته من نحو فراش . . . إلخ .

قوله : (الدفين) أي : المال المدفون تحته .

قوله : (بمحل لغيره) أي : أو بمحل لم يحكم بأنه له كما في البالغ ؛ إذ لا يقصد بالدفن الضم إلى اللقيط ، بخلاف ما يوضع أو يلف عليه ؛ فإن حكم بأن المحل له كدار . . فهو له مع المكان ، وظاهر إطلاقه : وإن كان بذلك المال ورقة مكتوبة بأنه له متصلة باللقيط ، وهو المعتمد ، وقيل : إنه حينئذ له بقريئة الرقعة ، وبحث الأذرعى : أنه إذا وجدت الرقعة في نفس الدفن . . يقضى له به ؛ لقوة القرينة ، أو يكون فيه خلافٌ مرتبٌ ، وأولىُّ بأنه له ، قال ويجب الجزم بأنه لو وجد خيط متصل بالدفين مربوط ببعض بدنه أو ثيابه . . يقضى له به ، ولا شك فيه إذا انضمت الرقعة إليه ، تأمل .

قوله : (وما قرب منه عرفاً) عطف على (الدفين) أي : كقرب الدابة من صاحبها إذا نزل عنها .

قوله : (وإن عد مستولياً عليه) أي : فلا يحكم بملكه له .

نعم ؛ إن حكم بأن المكان له كدار . . فهو له مع المكان كما صرح به النووي ، بخلاف الموجود

(١) في الأصل : (اختصاص) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٢) فتح الجواد (٦٣٧/١) .

(٣) حاشية الشيراملسي (٤٥٢/٥) .

ويلزمه - حيث لا قاضي - الإشهاد بالإنفاق كل مرة على نظره فيه ، فإن لم يشهد مع الإمكان . .
ضمن . (ثم إن لم يكن له مال خاص ولا عام كالوقف على اللقطة)

بقرب البالغ العاقل فإنه يحكم بملكه له ؛ لأن له رعاية ، قال في « التحفة » : (ويتدرد النظر فيما لو وجد على عتبة الدار لكنه في هوائها ؛ لأنه لا يسمى فيها عرفاً سيما إن كان بابها مقفولاً ، بخلاف وجوده بسطحها الذي لا مصعد له منها ؛ لأن هذا يسمى فيها عرفاً) انتهى ، وفي « النهاية » مثله^(١) .

قوله : (ويلزمه) أي : اللقط .

قوله : (حيث لا قاضي) أي : بأن لم يجده في مسافة قريبة ؛ وهي ما دون مسافة العدوى ، أو لم يسهل مراجعته ، أو احتاج إلى بذل مال وإن قل .

قوله : (الإشهاد بالإنفاق) أي : على اللقيط من ذلك المال الذي له .

قوله : (كل مرة) أي : من مرات الإنفاق على ما نقله ابن الرفعة عن صاحب « الذخائر »^(٢) .

قوله : (على نظره فيه) أي : في اللزوم كل مرة ، وجهه : ما فيه من الحرج الشديد ، فالأوجه كما قاله في « النهاية » : عدم تكليفه ذلك كل مرة ، ولا ضمان عليه حينئذ ، ويصدق في قدر الإنفاق إن كان لاثقاً به^(٣) .

قوله : (فإن لم يشهد مع الإمكان . . ضمن) أي : ما أنفق ؛ كمن بيده وديعة ليتيم استقلالاً فأنفقها عليه .

نعم ؛ إن كان ماله طعماً فقدمه له فأكله . . فظاهر : أنه لا يضمه كما في نظيره من الغصب ، بل أولى .

قوله : (ثم إن لم يكن له) أي : للقيط .

قوله : (مال خاص) أي : وهو الثابت له بما تقدم أو بالوقف عليه نفسه أو الهبة أو الوصية له .

قوله : (ولا عام كالوقف على اللقطة) أي : أو الموصى به لهم ، لا يقال : كيف صح الوقف عليهم مع عدم تحقق وجودهم ؟ لأننا نقول : الجهة لا يشترط فيها تحقق الوجود ، بل يكفي إمكانه ؛ كما دل عليه كلامهم ، ونبه عليه البدر الزركشي .

نعم ؛ إضافة المال العام إليه تجوز ؛ لأنه في الحقيقة للجهة وليس ملكه ، ولكن المراد : أنه

(١) تحفة المحتاج (٦/٣٤٧-٣٤٨) ، نهاية المحتاج (٥/٤٥٢) .

(٢) كفاية النبيه (١١/٤٧٣) .

(٣) نهاية المحتاج (٥/٤٥٤) .

فَنَفَقَتُهُ (عَلَى بَيْتِ الْمَالِ) مِنْ سَهْمِ الْمَصَالِحِ (تَبَرُّعاً) فَلَا رَجُوعَ لَهُ عَلَيْهِ . (ثُمَّ) إِنْ تَعَذَّرَ بَيْتُ الْمَالِ لِفَقْدِهِ أَوْ جَوْرٍ .. فَهِيَ عَلَى (الْأَغْنِيَاءِ)

يصرف إليه منه وإن لم يكن ملكه بعموم كونه لقيطاً أو موصى له ، واختلف في الموقوف على الفقراء هل يصرف له مقدماً على بيت المال أم لا ؟ رجع السبكي : الثاني ؛ لأن وصف الفقر لم يتحقق فيه ، وخالفه الأذري فقال : لعل الأول أرجح ؛ إذ لا يشترط في الصرف إلى من ظاهره الفقر تحقيقه ، بل يكفي ظاهر الحال ، وهو الأوجه في « النهاية » و « الفتح »^(١) .

قوله : (فنفقته) أي : مؤنة اللقيط ، فلو عبر به .. لكان أولى .

قوله : (على بيت المال من سهم المصالح) أي : وإن حكم بكفر اللقيط على المعتمد ، خلافاً لابن الرفعة تبعاً للماوردي بأن وجد ببلد كفر ليس بها مسلم^(٢) ؛ لأن فيه مصلحة للمسلمين إذا بلغ بالجزية .

نعم ؛ إن أخذ اللقيط من دار الحرب بقصد الاستيلاء عليه .. وجب عليه مؤنته كما هو ظاهر ، فلو لم يقصد ذلك .. فالأقرب : أنها على بيت المال ؛ لأن أخذه له صيره كأنه في أمانه ، فليتأمل .

قوله : (تبرعاً) أي : مجاناً في الأظهر كما في « المنهاج »^(٣) ، قال في « النهاية » : (كما أجمع عليه الصحابة ، وقياساً على المعسر البالغ ، بل أولى)^(٤) .

قوله : (فلا رجوع له عليه) أي : لبيت المال على اللقيط ؛ تفريع على كونها تبرعاً ، وقيل : إنها قرض عليه من بيت المال ؛ لجواز أن يظهر له مال ، وعليه : فيرجع .

قوله : (ثم إن تعذر بيت المال لفقد) أي : بأن لم يكن فيه مال أو ثم ما هو أهم ؛ كسد ثغر يعظم ضرره لو ترك .

قوله : (أو جور) أي : بأن منع متوليه ظلماً .

قوله : (فهي) أي : نفقة اللقيط .

قوله : (على الأغنياء) بحثاً في « التحفة » و « النهاية » ضبطهم بمن في نفقة الزوجة ؛ وهو من زاد دخله على خرجه ، قالوا : (فلا تعتبر قدرته بالكسب)^(٥) .

(١) فتح الجواد (٦٣٧/١) .

(٢) كفاية النبيه (٤٧٦/١١) .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٣٣٢) .

(٤) نهاية المحتاج (٤٥٣/٥) .

(٥) تحفة المحتاج (٣٤٨/٦) ، نهاية المحتاج (٤٥٣/٥) .

في أي محل كانوا ، لكن أغنياء بلده أيسر (إقراضاً) فلهم الرجوع بها في ماله إن كان ؛ وإلا . . .
فعلى من تلزمه مؤنته . (وهو) أي : اللقيط

قوله : (في أي : محل كانوا) أي : الأغنياء وإن لم يكن محل اللقيط .
قوله : (لكن أغنياء بلده أيسر) فمن ذكر أغنياء بلده . . فليس مراده : التقييد ، بل لأنه الأيسر .

قوله : (إقراضاً) أي : به أو على جهته ، لا على وجه الإنفاق ، فإن امتنعوا من الإقراض . .
قسط القاضي نفقته عليهم قرضاً جبراً وجعل نفسه منهم ، فإن كثروا وتعذر التوزيع عليهم . . فعلى
من يراه منهم ، فإن استووا في اجتهاده . . تخير .

قوله : (فلهم) أي : الأغنياء ؛ تفريع على كون ذلك على سبيل الإقراض .
قوله : (الرجوع [بها] في ماله) أي : اللقيط (إن كان) له مال ، والفرق بين ما هنا وما ذكره
في (السير) من أنهم ينفقون على المحتاج من غير رجوع : أن ذاك تحققت حاجته فوجبت
مواساته ، وهذا لم تتحقق فاحتيط لمال الغير ، وبين كونها هنا إقراضاً وفي بيت المال تبرعاً أن
وضع بيت المال الإنفاق على المحتاجين ولو حالاً فلهم فيه حق مؤكد دون مال المياسير ، تأمل .
قوله : (وإلا) أي : وإن لم يكن للقيط مال .

قوله : (فعلى من تلزمه مؤنته) أي : اللقيط ؛ فإن ظهر رقيقاً . . رجعوا على سيده ، أو حراً . .
فعلى قريبه ، فإن لم يكن . . قضى من سهم الفقراء مثلاً لا من سهم المصالح ، واعتبار القريب نقله
النووي عن الرافعي ، ثم استغربه وضعفه بأن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان^(١) ، لكن أجاب عنه
جماعة بأن النفقة وقعت قرضاً بإذن الإمام ، والحاكم إذا اقترض النفقة على من تلزمه . . ثبت
الرجوع بها ، ولا تسقط بمضي الزمان كما صرح به النووي وغيره في بابها ، ولو سئل ما قاله . .
فالفرق : أن اللقيط تعذر معرفة من تلزمه نفقته ، فإذا بان له قريب وأنفقنا عليه . . رجعنا بها عليه من
غير فرض القاضي ؛ للضرورة ، وقد ذكروا في (اللعان) : أنه إذا ادعى اثنان نسب مولود ووزعنا
النفقة عليهما ثم ظهر أنه ابن أحدهما . . رجع الآخر عليه بما أنفق ، وقد صرح بالرجوع على القريب
جمع ، منهم : الماوردي والرويانى والبغوي وصاحب « العدة » وصوبه البلقيني ، تدبر^(٢) .
قوله : (وهو ؛ أي : اللقيط . .) إلخ ، هذا بيان لبعض أحكام اللقيط ، وهي أربعة :

(١) روضة الطالبين (٤٢٥/٥) .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٤٩٨/٢) .

إِذَا وُجِدَ (بِدَارِنَا) معشرَ المسلمين (حُرٌّ) حيثُ لم يدَّعِ أحدُ رِقَّةً ، ولا أقرَّ هوَ على نفسه بالرقِّ وهوَ أَهْلٌ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ وَالْغَالِبَ فِي النَّاسِ الْحَرِيَّةُ . وَقِيْدُهُ الْبُلْقِينِيُّ بِمَا إِذَا وُجِدَ بِمَحَلِّ يُحَكَّمُ فِيهِ بِإِسْلَامِهِ

الإسلام ، والحرية ، والجنابة منه وعليه ، والنسب ، ولم يذكر هنا الأخيرين ؛ كأنه لطول الكلام عليهما .

قوله : (إذا وجد بدارنا معشر المسلمين) سيأتي أنها هي التي يسكنها المسلمون ولو مع غيرهم ، أو فتحوها وأقروها بيد الكفار ، أو كانوا يسكنونها ثم جلاهم الكفار عنها .
قوله : (حر) أي : محكوم بحريته ظاهراً .

قوله : (حيث لم يدع أحد رقه) أي : فلو ادعى أحد رقه وهو صغير أو ادعى رق صغير مجهول ولا يدل له عليه . فعليه البينة ؛ إذ الظاهر الحرية فلا يترك إلا بحجة ، وخالف دعوى النسب ؛ إذ في قبولها مصلحة للصغير وإثبات حق له ، وهنا في القبول إضرار به ، وأيضاً : هناك المدعى نسبه وهو منتف في الظاهر ؛ فليس في القبول ترك أمر ظاهر والحرية محكوم بها ظاهراً ، تأمل .
قوله : (ولا أقر هو) أي : اللقيط .

قوله : (على نفسه بالرق وهو أهل) أي : للإقرار ، فإن أقر بالرق . . قبل إن كان بالغاً عاقلاً مختاراً ، ولم يسبق منه اعتراف بالحرية ، ولم يكذبه المقر له ، ولم يتصرف بكبقية الأقارب ، قال البلقيني : وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يكن في جواب خصومة ، وإلا . . لم يؤثر ؛ كما لو أنكر شخص الضمان على وجه الخصومة فقامت بينة بضمانه بالإذن . . فله الرجوع إذا أدى ، وكما لو أنكر الزوج القذف فقامت به بينة . . فله اللعان ، وأجيب بأنهم لم يعتبروا هذا القيد ؛ بدليل مسألتنا ؛ فإن دعوى رقه مع الإنكار خصومةٌ ومع ذلك أثر ، وبالفارق بين مسألتنا وما استشهد به بأنه فيه بينة فاضمحل الإقرار ، بخلاف مسألتنا ، وفي هذا الجواب نظر للمتأمل ، وأوضح منه الجواب بأن الحرية حق مؤكد لله تعالى ، والشارع متشوف إليها حيث وجد أدنى سبب يقتضيها كما هو صريح كلامهم في أماكن كثيرة ، ولأجل هذا التأكيد الذي لا نظير له وجب اتباع إطلاقهم تأثير إقراره بالحرية ، بخلاف المسألة التي استشهد بها ، تدبر .

قوله : (لأن الأصل والغالب في الناس الحرية) أي : فيعمل به حيث لا معارض أقوى منه ، وأيضاً : فالأحرار هم أهل الدار والأرقاء مجلوبون إليها .

قوله : (وقيد البلقيني) أي : قيد الحكم بكون اللقيط حراً .

قوله : (بما إذا وجد) أي : اللقيط .

قوله : (بمحل يحكم فيه بإسلامه . . .) إلخ ، سيأتي قريباً بيانه .

وبغيره وثمّ ذميّ ؛ وإلّا . . . كان رقيقاً ؛ لأنّه محكومٌ بكفره ، ودارُ الحربِ تقتضي استرقاقَ النّساءِ والصّبيانِ ، وردّ . وهو بدارنا - وهي التي يسكنها المسلمون ولو مع غيرهم ، أو فتحوها ، وأقروها بيد الكفار ، أو كانوا يسكنونها ثمّ جلاهم الكفار عنها

قوله : (وإلّا) أي : وإن لم يوجد بذلك المحل ؛ بأن وجد بدار حرب لا مسلم فيها ولا ذمي .
قوله : (كان رقيقاً) أي : حكم برقه .

قوله : (لأنه محكوم بكفره) أي : اللقيط في دار الحرب المذكورة .

قوله : (ودار الحرب تقتضي . . .) إلخ ، من تنمة التعليل ، ثم قال : (ويحمل كلامهم على دار الإسلام ، ولم أر من تعرض له)^(١) .

قوله : (ورد) أي : رده شيخ الإسلام في « الغرر » : إذ قال فيه : (وقد يقال : دار الحرب إنما تقتضي استرقاق هؤلاء بالأسر ، ومجرد اللقط لا يقتضيه) انتهى^(٢) ، واعتمده (ع ش)^(٣) ، لكن تعقبه السيد عمر البصري بأنّه إن ثبت أنه يعتبر في الأسر قصد التملك . . فما ذكر مُسلّم ، وإن اكتفى فيه بالاستيلاء . . فكون مجرد اللقط لا يقتضيه محل تأمل .

قوله : (وهو) أي : اللقيط .

قوله : (بدارنا) أي : معشر المسلمين .

قوله : (وهي التي يسكنها المسلمون) أي : كالحرمين وقراهما .

قوله : (ولو مع غيرهم) أي : كغالب بلاد المسلمين .

قوله : (أو فتحوها) أي : المسلمون .

قوله : (وأقروها بيد الكفار) أي : على وجه الصلح قبل ملكها ، أو أقروها بأيديهم بعد ملكها بجزية .

قوله : (أو كانوا) أي : المسلمون في قديم الزمان .

قوله : (يسكنونها) أي : الدار .

قوله : (ثم جلاهم الكفار عنها) أي : على سبيل التغلب علينا ؛ كقرطبة المدينة المشهورة ، بالأندلس ، قالوا في « التحفة » و« النهاية » : (نظراً لاستيلائنا القديم ، لكن نقل الرافعي عن بعض المتأخرين أن محلّه إن لم يمنعونا منها ، وإلّا . . فهي دار كفر ، وأجاب عنه السبكي بأنه يصح أن

(١) انظر « نهاية المحتاج » (٤٥٩/٥) .

(٢) الغرر البهية (٥٣٠/٦) .

(٣) حاشية الشبراملسي (٤٥٤/٥) .

(مُسْلِمٌ) تبعاً للدار ، وكذا إنْ وُجِدَ بدارِ الكفرِ وهي ما عدا ذلك ، وَجُوِّزَ كونهُ مِنْ مسلمٍ ؛

يقال : إنها صارت دار كفر صورة لا حكماً^(١) .

قوله : (مسلم) أي : محكوم بكونه مسلماً حيث أمكن كونه من مسلم ولو مجتازاً ، أما إذا لم يمكن كونه منه . . فاللقيط كافر ، وإنما اكتفي هنا بالمجتاز ؛ تغليبا لحرمة دارنا ، بخلافه في قوله الآتي : (وكذا . . .) إلخ .

قوله : (تبعاً للدار) تعليل للحكم بكونه مسلماً ، قال الماوردي : (وحيث لا ذمي ثم . . فمسلم باطناً أيضاً ، وإلا . . فظاهراً فقط) .

قوله : (وكذا) أي : يحكم بإسلام اللقيط .

قوله : (إن وجد بدار الكفر ؛ وهي ما عدا ذلك) أي : المذكور في قوله : (وهي التي يسكنها المسلمون . . .) إلخ ، وعبرة « الفتح » : (وهي ما استولى عليه الكفار من غير صلح ولا جزية ولم تكن للمسلمين قبل ذلك ، وما عدا ذلك دار إسلام)^(٢) .

قوله : (وجوز كونه) أي : اللقيط .

قوله : (من مسلم) أي : بأن كان هناك مسلم ولو أسيراً يمكن كونه منه ولو نفاه .

نعم ؛ لا يكتفى هنا بالمار ، بل لا بد من سكناه ، قال الأذري : (قضية إطلاقهم : أنه لو كان بمصر عظيم بدار حرب ووجد فيه كل يوم ألف لقيط مثلاً . . حكم بإسلامهم ، وهذا إن كان لأجل تبعية الإسلام كالسابي . . فذاك ، أو لإمكان كونه منه ولو على بعد وهو الظاهر . . ففيه نظر ؛ ولا سيما إذا كان المسلم الموجود امرأة) انتهى .

قال في « التحفة » : (وأنت خير من اكتفائهم في دارنا بالمجتاز وفي دارهم بالسكنى أنه لا يكتفى في دارهم إلا بالإمكان القريب عادة ، وحيث : فمتى أمكن كونه منه إمكاناً قريباً عادة . . فمسلم ، وإلا . . فلا ، ويفرق بأن [شرف] الأولى اقتضى الاكتفاء فيها بالإمكان وإن بعد فدخل المجتاز ، بخلاف الثانية فاشتراط فيها قرب الإمكان ، وهو إنما يوجد عند السكنى لا الاجتياز)^(٣) .

والحاصل : أن حرمة دارنا اقتضى الاكتفاء بأدنى الإمكان حتى المرور ، بخلاف دار الحرب فاحتيج فيها إلى ظهوره بإقامة المسلم ثم وإمكان اجتماعه عادة بأم الولد ، تأمل .

(١) تحفة المحتاج (٣٥٠/٦) ، نهاية المحتاج (٤٥٤/٥) .

(٢) فتح الجواد (٦٣٨/١) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٥١/٦) .

تَغْلِيّاً لِلإِسْلَامِ ، وَلِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعَلَى عَلَيْهِ » .

قوله : (تغليياً للإسلام) أي : على الكفر ؛ تعليل لقوله : (وكذا...) إلخ .
 قوله : (ولقوله صلى الله تعالى عليه وسلم) إلخ ، دليل له ولما قبله أيضاً كما هو ظاهر .
 قوله : (« الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ») رواه الإمام أحمد وغيره ، وأما إذا لم يكن في دار الكفر مسلم يمكن كون اللقيط منه . . فكافر ؛ إذ لا مسلم يحتمل إلحاقه به ، فإذا اختلفت مللهم . . جعل من أقربهم للإسلام ، قال في « التحفة » : (ومن حكم بإسلامه بالدار . . كان - حيث لا ذمي ثم - مسلماً باطناً أيضاً كما مر ، فإذا بلغ وأفصح بالكفر . . كان مرتدّاً ، وحيث ثم ذمي مسلماً ظاهراً فقط ؛ فإذا بلغ وأفصح بالكفر . . فكافر أصلي ؛ لضعف الدار ، ومقتضى حكمهم بإسلام اللقيط تارةً وكفره أخرى : أن لقاضٍ رفع إليه أمر لقيط الحكم بكفره فيما نصوا على كفره فيه ، وهو ظاهر ؛ إذ الحكم بالكفر ليس معناه إلا الحكم بآثاره المترتبة عليه فليس فيه رضا بالكفر ، خلافاً لمن توهّمه ^(١) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(باب الجمالة)

هِيَ لُغَةٌ : اِسْمٌ لِمَا يُجْعَلُ لِلْإِنْسَانِ فِي فِعْلِ شَيْءٍ ، وَشُرْعاً : اَلْتِزَامٌ عَوْضٍ مَعْلُومٍ عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ
أَوْ مَجْهُولٍ

[باب الجمالة]

قوله : (باب الجمالة) ذكرها كالجمهور هنا ؛ لأنها طلب لالتقاط الضالة ، وذكرها جماعة عقب (الإجارة) لأن كلاً منهما عقد على عمل ، والأصل فيها قبل الإجماع : أحاديث رقية الصحابي - وهو أبو سعيد الخدري كما في « المستدرك » - اللديغ بـ (الفاتحة) على ثلاثين رأساً من الغنم في « الصحيحين » وغيرهما^(١) ، واستدل لها بعضهم بقوله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَهُ يَدٌ فَحُمِّلْ بَعِيرٌ ﴾ ، قال : (وكان معلوماً عندهم كالوسق ، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا ورد ما يؤيده ؛ وهو ما ذكر من الأحاديث) انتهى^(٢) ، وهذا إنما يتمشى على رأي ضعيف ، والصحيح : أنه ليس شرعاً لنا مطلقاً كما هو مقرر في الأصول .

نعم ؛ يستأنس بذلك كما عبر به بعضهم واستنبط من تلك الأحاديث جواز الجمالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية ، وهو متجه إن حصل به تعب ، وإلا . . فلا ؛ أخذاً مما يأتي .

قوله : (هي لغة) أي : الجمالة بثلاث الجيم كما قاله ابن مالك وغيره ، واقتصر الجوهرى وغيره على كسرها^(٣) ، وآخرون على كسرها وفتحها ، قال (ع ش) : (فيتحصل فيها أربعة مذاهب ، ولم يبينوا الأفصح ، ويحتمل أنه الكسر ؛ لاقتصار الجوهرى عليه) انتهى^(٤) ، وفي « الفتح » : (والكسر أشهر)^(٥) .

قوله : (اسم لما يجعل للإنسان في فعل شيء) مثلها الجعال والجعل والجعيلة ؛ ففي « القاموس » : (الجمالة مثلثة ؛ وكتاب وقفل وسفينة : ما جعله [له] على عمله)^(٦) .

قوله : (وشرعاً : التزام عوض معلوم على عمل معلوم أو مجهول) أي : لمعين أو مجهول ، وقد اشتمل هذا التعريف على أركانها الأربعة : العمل ، والجعل ، والصيغة ، والعائد ، والمراد

(١) صحيح البخاري (٥٠٠٧)، صحيح مسلم (٢٢٠١)، المستدرك (٥٥٩/١) عن سيدنا أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٤٣٩/٢) .

(٣) الصحاح (١٣٥٧/٤) ، مادة : (جعل) .

(٤) حاشية الشيرازي (٤٦٥/٥) .

(٥) فتح الجواد (٦٠٢/١) .

(٦) القاموس المحيط (٥١١/٣) ، مادة : (جعل) .

(إِنَّمَا تَصِحُّ) الْجَعَالَةُ (بِالتَّزَامِ ذِي تَبَرُّعٍ) لِمَعْيَنٍ أَوْ مَبْهُمٍ وَلَوْ بِإِشَارَةِ الْأَخْرَسِ ؛ لِأَنَّهَا مَعَاوُضَةٌ ، فَأَنْفَقَتْ إِلَى صِغَةٍ تَدُلُّ عَلَى الْمَطْلُوبِ كَالْإِجَارَةِ

من عدَّ العمل من الأركان : ذكره فقط في العقد ؛ وإلا . . . فذاته لا توجد إلا بعد تمام العقد .
قوله : (إِنَّمَا تَصِحُّ الْجَعَالَةُ . . .) إلخ ، من الواضح : أنه لا يصح هنا إرادة الجعالة بالمعنى الشرعي ، وحينئذ : تعين أن المراد بها هنا معناها اللغوي ، وهو الجعل بضم أوله ؛ نظير قولهم : (إِنَّمَا الْبَيْعُ بِإِجَابٍ . . .) إلخ ؛ أي : صحة لزوم ذلك المال المَجْعُول منحصرة في التزام جعل معين ، أفاده في « حاشية الفتح »^(١) .

قوله : (بالتزام ذي تبرع) من إضافة المصدر إلى فاعله ؛ كقوله : من رد عبدي . . . فله كذا ، قال في « حاشية الروض » : (قضيته : أن الفاء لا بد منها في الجواب ، حتى لو قال : له كذا . . . لا يستحق ، ويوافقه قول النحاة : [في] دخول الفاء في خبر المبتدأ المتضمن معنى الشرط أنه إن قصد أن الخبر مستحق بالصلة . . . فلا بد من دخول الفاء ، وإلا . . . لم تدخل ، واحتمل أن يكون مستحقاً به وبغيره ؛ نحو : الذي يأتيني فله درهم أن الدرهم مع الفاء يستحق بالإتيان ، ومع عدمها لا يستحق وينزل منزلة الإخبار ؛ كقوله : زيد له درهم) تأمل^(٢) .

قوله : (لمعين أو مبهم) أي : عامل معين أو مبهم ، وإنما احتمل إبهامه ؛ لأن المالك قد لا يعرف راعياً في العمل ، وإذا صح مع إبهام العامل . . . فمع تعيينه أولى ، وأفهم كلامه : أنه لا يشترط قبوله لفظاً ، بل يكفي العمل كالوكيل ، ومن ثم : لو رده ثم عمل . . . لم يستحق إلا بإذن جديد .

قوله : (ولو بإشارة الأخرس) أي : المفهمة ، وكذا الكتابة من الناطق مع النية ؛ ففي « التحفة » : (أما الأخرس . . . فتكفي إشارته المفهمة لذلك ، وأما الناطق إذا كتب ذلك ونواه . . . فإنه يصح منه) انتهى^(٣) .

قوله : (لأنها معاوضة . . .) إلخ ، تعليل لما تضمنه قوله : (إنما . . .) إلخ من اشتراط الصيغة في الجعالة .

قوله : (فافتقرت إلى صيغة تدل على المطلوب) تفريع على التعليل .

قوله : (كالإجارة) تشبيه في الافتقار إلى الصيغة فقط ؛ وإلا . . . فهي تفارقها من أوجه :

(١) حاشية فتح الجواد (٦٠٢/١ - ٦٠٣) .

(٢) حواشي الرملي على شرح الروض (٤٣٩/٢) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٦٦/٦) .

فَمَنْ عَمِلَ بِلاَ صِيغَةٍ كَأَنَّ رَدَّهُ غَيْرُ الْمُلتَزِمِ لَهُ . . لم يستحق شيئاً وإن عُرِفَ بِرَدِّ الضَّوَالِّ ، وَضَمِنَ أَخْذَهُ لِرَدِّهِ

جوازها على عمل مجهول ، وصحتها مع غير معين ، وكونها جائزة ، وعدم استحقاق العامل الجعل إلا بالفراغ من العمل ، قال في « التحفة » : (فلو شرط تعجيله . . فسد المسمى ووجب أجره المثل ، فإن سلمه بلا شرط . . لم يجز تصرفه فيه على الأوجه ، ويفرق بينه وبين الإجارة بأنه ثم ملكه بالعقد ، وهنا لا يملكه إلا بالعمل)^(١) .

قوله : (فمن عمل بلا صيغة) أي : بلا إذن ، أو به من غير ذكر عوض ، أو معه وهو غير مقصود ، أو بعده لكنه لم يعلم به سواء المعين وقاصد العوض وغيرهما .
قوله : (كأن رده) أي : الآبق مثلاً .

قوله : (غير الملتزم له) بفتح الزاي ؛ أي : كأن التزم شخص لإنسان فرد آخر .
قوله : (لم يستحق شيئاً) أي : من المسمى ولا أجره المثل ؛ لعدم التزامه بشيء فوق عمله تبرعاً .

قوله : (وإن عرف) أي : وإن كان ذلك العامل معروفاً عند الناس .
قوله : (برد الضوال) أي : بعوض ، قال (ع ش) : (منه : رد الوالي وشيوخ العرب مثلاً له فلا أجره لهم ، بل يدخل المردود في ضمانهم حيث لم يأذن مالكة في الرد)^(٢) .
ولو قال : من رد عبدي من سامعي [ندائي] فرده من علمه ولم يسمعه . . لم يستحق ، ولمن سمع النداء العام التوكيل . . كهو في تملك المباح ، وكذا الخاص ، لكن إن لم يحسنه أو لم يلق به أو عجز عنه وعلم به القائل ، وإلا . . فلا ، وإن طرأ له نحو مرض . . نظير ما مر في الوكيل ، فعلم : أن من جوعل على الزيارة . . لا يستنب فيها إلا إن عذر وعلمه المجاعل حال الجمالة . انتهى « تحفة »^(٣) .

قوله : (وضمن أخذه) بمد الهمزة : اسم فاعل .
قوله : (ليرده) أي : الآبق ؛ كأخذ من غاصب بقصد الرد للمالك ، هذا إذا لم يكن الآخذ قن المقول له ، وإلا . . لم يضمن ، بل استحق الجعل بعد الرد ؛ لأن يد قنه كيده ، قال في « التحفة » : (وقيد السبكي بما إذا أذن له ، وأيده الأذرعى بقول القاضي : فإن رده بنفسه أو

(١) تحفة المحتاج (٦/٣٦٣-٣٦٤) .

(٢) حاشية الشبراملسي (٥/٤٦٧) .

(٣) تحفة المحتاج (٦/٣٦٧) .

وشمل (ذي تبرع) وهو البالغ العاقل الرشيد المختار : أمالك والأجنبي ، فلو قال إنسان : مَنْ رَدَّ عبدَ فلانٍ فله كذا ، فَرَدَّهُ . . . استحقَّ على القائل . . .

بعده . . استحق ، وتنزيلهم فعل قنه منزلة فعله يؤيد الأول ، وقولهم المذكور لا يخالفه ؛ لأنه لما تنزل فعله كفعله . . صح أن يقال : رده بعده وإن لم يأذن له (فليتأمل ^(١)) .

قوله : (وشمل « ذي تبرع » ^(٢)) أي : المذكور في المتن .

قوله : (وهو البالغ العاقل الرشيد المختار) جملة معترضة لبيان معنى ذي التبرع ، ويعبر عنه بمطلق التصرف ، فلا يصح بالتزام صبي أو مجنون أو محجور عليه بسفه أو مكره .

قوله : (المالك والأجنبي) مفعول (شمل) ، والمراد بـ (الأجنبي) : غير الوكيل والولي .

قوله : (فلو قال إنسان) أي : مطلق التصرف مختار ، قال في « المغني » : (ليس من عادته الاستهزاء والخلاعة كما بحثه الزركشي) ^(٣) .

قوله : (من رد عبد فلان . . فله كذا) أي : وإن لم يقل : (علي) كما صرح به جمع ، بل ولا نواه على الأوجه ، خلافاً لمن نازع فيه ، قال في « حواشي الروض » : (الجمالة لا بد فيها من الإذن ، وهذه الصيغة لا تقتضيه صريحاً ، بل مدلولها ترتيب استحقاق الجعل على الرد ، ولا دلالة لها على الإذن [في الرد] إلا من جهة العرف ؛ لأن ذلك ترغيب فيه ، والترغيب [في الشيء] يدل على طلبه ، فمن هنا صارت إذناً لا بالوضع ^(٤)) فافهم ^(٥) .

قوله : (فرده) أي : رد سامع لذلك النداء ولو بواسطة ، أما غير السامع . . فلا يستحق شيئاً ؛ لأنه متبرع .

قوله : (استحق) أي : الراد الجعل .

قوله : (على القائل) أي : الأجنبي في ماله ؛ لأنه الملتزم للجعل ، وليس التزامه هنا كالتزام الثمن في بيع غيره والثواب على هبة غيره ؛ لأنهما عوضاً تمليك فلا يتصور وجوبهما على غير من حصل له الملك ، وليس الجعل عوض تمليك حتى ينحصر وجوبه على من حصل له الملك .

واستشكل ابن الرفعة استحقاق الراد - أي : للعوض بقول الأجنبي - بأنه لا يجوز له وضع يده

(١) تحفة المحتاج (٦/٣٦٦-٣٦٧) .

(٢) في الأصل : (ذي التبرع) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٣) مغني المحتاج (٢/٥٥٥) .

(٤) في الأصل : (بالإذن) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله تعالى أعلم .

(٥) حواشي الرملي على شرح الروض (٢/٤٣٩) .

(لَأَهْلِ الْعَمَلِ) كَفَى وَغَيْرِ مَكْلَفٍ وَلَوْ بَغِيرِ إِذْنِ سَيِّدٍ وَوَلِيِّ ؛ هَذَا إِنْ كَانَ مُعَيَّنًا ، وَإِلَّا . . كَفَى عِلْمُهُ
بِالنَّدَاءِ . (مَا) أَي : جَعَلًا (يَصِحُّ بَيْعُهُ) بَأَنَّ يَكُونُ طَاهِرًا مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ ، مَعْلُومًا بِالرُّؤْيَةِ أَوْ
الْوَصْفِ

عليه بغير إذن مالكة ، بل يضمه^(١) ، وأجيب بفرضه فيما إذا أذن المالك لمن شاء في الرد والتزم
الأجنبي الجعل ، وقد يصور بما إذا ظنه العامل المالك أو عرفه وظن رضاه ، على أن وضع اليد عليه
للرد يرضى به المالك غالباً ، وكفى بذلك مجزاً ، وتقدم : أن المراد بـ (الأجنبي) : غير الوكيل
والولي ، أما إذا كان ولي المالك وقال ذلك عن محجوره على وجه المصلحة ؛ بحيث يكون الجعل
قدر أجرة مثل ذلك العمل أو أقل . . استحقه الراد في مال المالك بمقتضى قول وليه كما هو ظاهر .

قوله : (لأهل العمل) أي : العامل المتأهل له ، والمراد : إمكانه ، فخرج : العاجز عنه ؛
كصغير لا يقدر عليه ؛ لأن منفعته معدومة فأشبه استئجار الأعمى للحفظ .

قوله : (كفن وغير مكلف) أي : من صبي ومجنون له نوع تمييز ومحجور سفه .
قوله : (ولو بغير إذن سيد وولي) أي : كما قاله السبكي وغيره ، خلافاً لابن الرفعة في القن إذا
لم يأذن له سيده .

قوله : (هذا) أي : اشتراط كون العامل أهلاً للعمل الذي تضمنه المتن .

قوله : (إن كان معيناً) أي : العامل .

قوله : (وإلا . . كفى علمه بالنداء) أي : فقد قال الماوردي هنا : (لو قال : من جاء بآبقي فله
دينار : فمن جاء به . . استحق من رجل أو امرأة أو صبي أو عبد عاقل أو مجنون إذا سمع النداء أو
علم به ؛ لدخولهم في عموم قوله : من جاء) انتهى^(٢) ، وهذا هو المعتمد وإن خالفه في (السير) ،
وعبارة « التحفة » : (واستفيد من قوله : « مَنْ رَدَّ » أن الشرط في العامل قدرته على الرد بنفسه إن
كان غير معين ، وب نفسه أو مأذونه إن كان معيناً ، وهذا لا يتنافى ما في التوكيل) ، فتأمل^(٣) .

قوله : (ما ؛ أي : جعلاً يصح بيعه) مفعول (التزام) .

قوله : (بأن يكون . .) إلخ : تصوير لما (يصح بيعه) .

قوله : (طاهراً مقدوراً على تسليمه معلوماً) أي : لهما .

قوله : (بالرؤية أو الوصف) أي : كالأجرة في الإجارة ، ولأنه عقد جواز للحاجة ،

(١) كفاية النبي (٣٢٢/١١) .

(٢) الحاوي الكبير (٤٦٥/٩) .

(٣) تحفة المحتاج (٣٦٥/٦) .

(وَإِلَّا) بَأَنْ فَقَدْ فِيهِ شَرْطٌ مِنْ ذَلِكَ (.. فَأَجْرُهُ مِثْلُهُ) تَجِبُ لَهُ ؛ لِفَسَادِ الْعَقْدِ مَعَ كَوْنِهِ عَمِلَ طَامِعاً (كَأَنْ غَيْرَ) الْجَمَالَةِ فِي أَثْنَاءِ الْعَمَلِ (مُلْتَزِمٌ)

ولا حاجة ؛ لجهالة العوض ، بخلاف العامل والعمل ، ثم حمل المطلق على نقد بلد الالتزام ، فإن تغير .. اعتبر يوم العقد .

قوله : (وإلا ؛ بَأَنْ فَقَدْ فِيهِ شَرْطٌ مِنْ ذَلِكَ) أي : كأن كان نجساً أو مغصوباً أو مجهولاً ؛ كثوب .

قوله : (فأجرة مثله) أي : العمل .

قوله : (تجب له) أي : للعامل ، بخلاف ما لو قال : من رده فله ثيابه التي هو لابسها وعلمت ولو بالوصف .. فإن الجمالة تصح ، فإذا رده شخص .. استحق تلك الثياب ، واستشكل بَأَنْ وصف المعين لا يغني عن رؤيته ، وحينئذ : فله أجرة المثل ، وأجيب بَأَنْ هذه المعاقدة دخلها التخفيف فلم يشدد فيها ، بخلاف نحو البيع ، وأيضاً : فهو عقد لازم ، بخلاف الجمالة فاحتيط له ما لم يحتط لها ، ومثل ذلك : فله نصفه أو ثلثه فإنها تصح إن علم وإن لم يعرف محله ؛ كما اعتمده في « التحفة » قال : (وقياس الرافعي له على استئجار المرضعة بنصف الرضيع بعد الفطام أجاب عنه في « الكفاية » بَأَنْ الأجرة المعيّنة تملك بالعقد ، فجعلها جزءاً من الرضيع يقتضي تأجيل ملكه - أي : وهو مبطل - وهنا إنما يملك بتمام العمل فلا مخالفة لمقتضى العقد) تأمل^(١) .

قوله : (تجب له) أي : للعامل ، وقيده في « التحفة » أخذاً مما تقدم في (القراض) كونه جاهلاً بَأَنْ الفاسد لا شيء فيه^(٢) .

قوله : (لفساد العقد ...) إلخ ، تعليل لوجوب أجرة المثل .

قوله : (مع كونه عمل طامعاً) أي : في الجعل فهو كالأجير في الإجارة الفاسدة .

نعم ؛ يستثنى من اشتراط العلم بالجعل ما لو جعل الإمام لمن يدل على قلعة الكفار جعلاً كجارية منها .. فإنه يجوز مع جهالة العوض ؛ للحاجة إلى ذلك .

قوله : (كأن غير الجمالة ...) إلخ ، تنظير لوجوب أجرة المثل للعامل .

قوله : (في أثناء العمل) خرج به : ما لو غير قبل الشروع فيه .. فلا شيء للعامل .

قوله : (ملتزم) أي : للجعل سواء المالك أو غيره .

(١) تحفة المحتاج (٦/٣٧٠) .

(٢) تحفة المحتاج (٦/٣٧٠) .

بفسخ ، أو زيادة ، أو نقص . . فللعامل أجره المثل فيما عمل ؛ لئلا يحبط سعيه بفسخ غيره . أمّا إذا غيّر العامل كفسخه في الأثناء . . فلا يستحق به شيئاً ؛

قوله : (بفسخ . .) إلخ ؛ أي : فإذا فسخها في أثناء العمل . . لم يستحق العامل شيئاً من المسمى ؛ لأنه إنما يستحق المسمى بالفراغ من العمل فكذا بعضه ، بل إنما استحق أجره المثل كما ذكره وإن حصل بما مضى من العمل بعض المقصود ؛ كأن علمت ابني القرآن . . فلك كذا ثم منعه الأب من إتمام التعليم ، ومثله ما لو منع المالك ماله من أن يتم العامل العمل فيه . . فتلزمه أجره مثل ما عمله فيها ؛ لأن منعه فسخ أو كالفسخ ، وقد تقرر : أن فسخ الملتزم يوجب أجره المثل لما مضى ، تدبر .

قوله : (أو زيادة أو نقص) أي : في العمل أو الجعل أو جنسه .

قوله : (فللعامل أجره المثل فيما عمل) أي : قبل التغيير ، واستشكل لزوم أجره المثل هنا بقولهم : (إذا مات أحدهما أثناء العمل . . انفسخت واستحق العامل برده القسط من المسمى) ، وأي فرق بين الفسخ والانفساخ ؟ وأجيب بأن الملتزم هناك لم يتسبب في إسقاط المسمى ، والعامل ثم تم العمل بعد الانفساخ ولم يمنعه المالك منه ، ونظر في هذا الجواب ؛ بأنه لا أثر في الفرق بين خصوص الوجوب من المسمى تارة ومن أجره المثل أخرى ، وأوضح منه الفرق بينهما بأن الفسخ أقوى ؛ فكأنه إعدام للعقد مع آثاره فرجع لبدله وهو أجره المثل ، بخلاف الانفساخ ؛ فإنه لما لم يكن كذلك . . صار العقد كأنه لم يرفع به فوجب القسط ، تدبر .

قوله : (لئلا يحبط سعيه) أي : العامل ؛ لتعيل لاستحقاقه أجره المثل .

قوله : (بفسخ غيره) أي : وإن كان جائزاً . . فجواز العقد إنما يقتضي التسليط على رفعه فقط ، وإذا ارتفع . . لم يجب المسمى كسائر الفسوخ ، لكن عمل العامل وقع محترماً فلا يحبط بفسخ غيره فرجع إلى بدله ؛ وهو أجره المثل ؛ كالإجارة إذا فسخت بعيب ، تأمل .

قوله : (أما إذا غيّر العامل) مقابل قول المتن : (كأن غيّر ملتزم) .

قوله : (كفسخه) أي : للجمالة ، ولكن المراد به : رده ؛ لما تقدم : أنه لا يشترط قبوله ، ثم هو قبل العمل لا يتأتى إلا في المعين ، بخلاف غيره فلا يتصور إلا بعد شروعه في العمل ، على أن فسخه وإن كان بعد الشروع فيه . . منظر فيه ؛ لأن العقد لم يرتبط به وحده ، فكيف يرفعه ؟!

نعم ؛ إن أريد رفعه بالنسبة له فقط . . فمحتمل ، فليتأمل .

قوله : (في الأثناء) أي : أثناء العمل ، وكذا قبله كما علم بالأولى .

قوله : (فلا يستحق به شيئاً) أي : لا من الجعل ولا من أجره المثل ، قال في « المغني » :

لأنه أمتنع بأختياره ، ولم يحصل غرض المالك . وعلم من كلامي أن الجعالة جائزة من الجانبين قبل تمام العمل ، فتفسخ بما مر في الشركة وغيرها

(ولو فسخ العامل والملتزم معاً . لم أر من ذكره ، وينبغي عدم الاستحقاق ؛ لاجتماع المقتضي والمانع) انتهى^(١) .

قوله : (لأنه امتنع باختياره) أي : العامل ؛ لتعليل لعدم استحقاقه شيئاً .

قوله : (ولم يحصل غرض المالك) أي : بتمامه سواء وقع ما عمله مسلماً أم لا .

نعم ؛ لو زاد المالك في العمل ولم يرض العامل بالزيادة ففسخ لذلك . . فله أجره المثل ؛ لأن المالك هو الذي ألجأه لذلك ، وكذا إذا نقص من الجعل ، لكن هذا من فسخ المالك لا العامل .

قوله : (وعلم من كلامي) أي : في المتن والشرح .

قوله : (أن الجعالة جائزة . . .) إلخ ، اعلم : أن العقود تنقسم باعتبار اللزوم والجواز ثلاثة أقسام :

لازم من الطرفين قطعاً ؛ كالبيع والإجارة ، ولازم من أحدهما قطعاً ومن الآخر على الأصح ؛ وهو النكاح فإنه لازم من جهتها قطعاً ومن جهته في الأصح ، وقدرته على الطلاق ليست فسخاً .

ثانيها : لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر قطعاً ؛ كالكتابة والرهن والضمان .

ثالثها : جائز من الطرفين ؛ كالشركة والعارية والجعالة بقيدها الآتي .

قوله : (من الجانبين) أي : جانبي الملتزم والعامل ؛ أما الأول . . فمن حيث إنها تعليق استحقاق بشرط فأشبهت الوصية ، وأما الثاني . . فلأن العمل فيها مجهول ، وما كان كذلك لا يتصف باللزوم ؛ كالقراض .

قوله : (قبل تمام العمل) أي : فلكل منهما فسخها ، وأما بعده . . فلازمة ؛ للزوم الجعل واستقراره فلا فسخ ولا انفساخ .

قوله : (فتفسخ) أي : الجعالة .

قوله : (بما مر في الشركة وغيرها) أي : كموت أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغمائه ، فلو مات المالك بعد الشروع في العمل فرده العامل إلى وارثه . . استحق العامل قسط ما عمله في الحياة من المسمى ، وإن مات العامل فرده وارثه . . استحق القسط منه أيضاً ، ولو لم يجد المالك ولا وكيله . . سلم للحاكم واستحق الجعل ، فإن فقد . . أشهد واستحقه أيضاً ، ولو هرب الأبى من

وَأِنَّمَا تَصِحُّ الْجَعَالَةُ (فِي عَمَلٍ) وَلَوْ وَاجِباً كَمَنْ حُبِسَ ظُلماً لَمَنْ يَتَكَلَّمُ فِي خُلَاصِهِ بِجَاهِهِ أَوْ غَيْرِهِ
(وَإِنْ جُهِلَ)

العامل ولو في دار المالك قبل تسليمه له أو مات أو غصب . . لم يستحق شيئاً ؛ لتعلق الاستحقاق بالرد ولم يرده ، بخلاف ما لو اُكْتُرِيَ من يحج عنه فأتى ببعض الأعمال فمات . . حيث يستحق من الأجرة بقدر ما عمل ؛ لأن المقصود من الحج الثواب وقد حصل ببعض الأعمال ، وهنا لم يحصل شيء من المقصود ، ولأن الإجارة لازمة تجب الأجرة فيها بالعقد شيئاً فشيئاً ، والجمالة جائزة لا يثبت فيها شيء إلا بالشرط ولم يوجد ، تأمل .

قوله : (وإِنَّمَا تَصِحُّ الْجَعَالَةُ فِي عَمَلٍ) أي : مباح فيه كلفة .

قوله : (وَلَوْ وَاجِباً) أي : ولو كان العمل واجباً .

قوله : (كَمَنْ حُبِسَ ظُلْماً . . .) إلخ ؛ أي : كقول من حبس ظُلماً لمن يقدر على خلاصه وإن تعين عليه على المعتمد : إن خلصتني . . فلك كذا بشرط أن يكون في ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفاً ؛ أي : بالنسبة لحال الفاعل ، وأفهم قوله : (ظُلماً) : أنه إذا حبس بحق . . لا يستحق ما جعل له ، ولا يجوز له ذلك ، لكن بحث فيه التفصيل ، وهو : أن المحبوس إن جاعل العامل على أن يتكلم مع من يطلقه على وجه جائز ؛ كأن تكلم معه على أن ينظره الدائن إلى بيع غلاته مثلاً . . جاز له ذلك واستحق ما جعل له ، وإلا . . فلا .

قوله : (لَمَنْ يَتَكَلَّمُ فِي خُلَاصِهِ بِجَاهِهِ أَوْ غَيْرِهِ) قضيته : أنه إذا تكلم في خلاصه . . استحق وإن لم يتفق إطلاق المحبوس بكلامه ، لكن الأقيس هنا أنه إن جعل خروجه من الحبس غاية لتكلم الواسطة . . لم يستحق إلا إذا خرج منه .

قوله : (وَإِنْ جُهِلَ) أي : ذلك العمل ، فلا فرق في صحة الجمالة بين كون العمل معلوماً وكونه مجهولاً .

نعم ؛ الشرط أن يكون فيه كلفة كما علم مما قررته ، فلو رد من هو بيده ولا كلفة فيه ؛ كدينار . . فلا شيء له ، ولو قال : من دُلني على مالي فله كذا فدلّه من هو بيده . . فلا شيء له ؛ إذ لا كلفة ، وعلله بعضهم بوجوبه عليه ، وهو مبني على ضعف أنه يشترط كون العمل غير واجب عليه .

نعم ؛ إن عصي بوضع يده عليه بنحو غصب ثم سمع قول مالكة مثلاً : من ردّ مالي فله كذا فردّه . . لم يستحق شيئاً ، وإن كان فيه كلفة . . لتعين الرد عليه فوراً ؛ ليخرج به عن المعصية ، وعلى هذا يحمل من شرط في العمل عدم تعيينه عليه ، وقد يجمع أيضاً بأن ما تعيّن لعارض ؛

لكن لعسر ضبطه للحاجة كما في عمل القراض . أمّا ما لا يعسر ضبطه . . فلا بُدَّ مِنْ ضبطه ؛ إذْ لا حاجة إلى احتمال جهالته ، ففي بناء حائط

كفرض كفاية انحصر في واحد . . له الأجرة فيه ، ومنه : قولهم باستحقاقها في [نحو] تعليم (الفاتحة) وحرز الوديعة وإن تعيّن عليه ، وما كان متعيناً أصالة . . لا أجرة فيه ، ومنه : مسألة الغاصب المذكورة . انتهى^(١) .

قوله : (لكن لعسر ضبطه) أي : العمل المجهول ، وهذا قيد ذكره القاضي وجمع من المحققين كابني يونس والرفعة^(٢) .

قوله : (للحاجة) تعليل لصحتها على العمل المجهول .

قوله : (كما في عمل القراض) أي : بل أولى منه ؛ لأن الجهالة إذا احتملت في القراض توصلت إلى الربح من غير اضطراب . . فاحتمالها في الجعالة أولى ، وكذا تغتفر جهالة العامل وتعدده ؛ لأن المعيّن والواحد قد لا يتمكن من تحصيل المقصود ، والتمتكن منه قد لا يكون حاضراً أو لا يعرفه المالك ، فإذا أطلق وشاع . . بلغ المتمكن منه فيحصل الغرض . « حواشي الروض »^(٣) .

قوله : (أما ما لا يعسر ضبطه) مقابل قوله : (لعسر ضبطه) .

قوله : (فلا بد من ضبطه . . .) إلخ ، لا ينافي ما ذكره بعضهم : أنه لو قال : بعه بكذا أو اعمل كذا ولك عشرة من الدراهم وأتيا بما يصلح أن يكون إجارة وجعالة : فإن ضبط العمل . . فإجارة ، وإلا . . فجعالة . انتهى ؛ لأن محل هذا إذا أتيا بما يحتمل كلا منهما . . فيحمل عند الضبط على الإجارة ؛ لأنها الأقوى ، ومحل ما تقدم إذا لم يصلح ما أتيا به إلا للجعالة أو عند التصريح بها ، لكن استشكل حينئذ وجه اعتبار الضبط إذا لم يصلح ما أتيا به إلا للجعالة ، وعدم اعتباره إذا صلح لهما ، وأجيب بأن معنى قوله : (فإن ضبط العمل . . فإجارة . .) إلخ ، فإن أمكن ضبطه . . فإجارة ، وإلا يمكن . . فجعالة ، فليتأمل^(٤) .

قوله : (إذ لا حاجة إلى احتمال جهالته) تعليل لاشتراط الضبط في ذلك .

قوله : (ففي بناء حائط . . .) إلخ ؛ أي : الجعالة عليه .

(١) انظر « تحفة المحتاج » (٦ / ٣٦٩ - ٣٧٠) .

(٢) كفاية النية (١١ / ٣٢٣) .

(٣) حواشي الرمل على شرح الروض (٢ / ٤٤٠) .

(٤) انظر « حاشية ابن قاسم على الفرر » (٦ / ٣٤٤) .

يذكرُ موضِعَهُ ، وطولَهُ ، وعرضَهُ ، وأرتفاعَهُ ، وما يُبْنَى بِهِ ، وقِسْ عليه .

قوله : (وما يبني به) أي : كحجر وأجر .

قوله : (وقس عليه) أي : ففي الخياطة يعتبر وصف الثوب والخياطة ؛ كالإجارة ، وبالجملة : فكل ما يتفاوت به الغرض ولا يتسامح به في المعاملة يشترط تعريفه ، تأمل .

فَتَى

أفتى بعض المحققين بحل النزول عن الوظائف بالمال ؛ لأنه من أقسام الجمالة ، فيستحقه النازل ويسقط حقه وإن لم يقرر الناظر المنزل له ؛ لأنه بالخيار بينه وبين غيره ، ولو أكره مستحق على عدم مباشرة وظيفته . . استحق كما أفتى به الفزاري .

واعترض بأنه لم يباشر ما شرط عليه ، فكيف يستحق حينئذ ؟ ! ، وأجيب بأن هذا مستثنى شرعاً وعرفاً من تناول الشرط له ؛ لعذره ، ونظير ذلك كما بحثه الشارح : مدرس يحضر موضع الدرس ولا يحضر أحد من الطلبة ، أو يعلم أنه لو حضر . . لا يحضرون ، بل ينبغي الجزم هنا بالاستحقاق ؛ إذ المكروه تمكنه الاستنابة فيحصل غرض الواقف ، بخلاف المدرس .

نعم ؛ إن أمكنه إعلام الناظر بهم وعلم أنه يجبرهم على الحضور . . فالظاهر كما قاله الشارح والرملي : وجوبه عليه ؛ لأنه من باب الأمر بالمعروف^(١) ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

(كتاب الفرائض)

[كتاب الفرائض]

قوله : (كتاب الفرائض) يقول المحشي أحقر الورى وأذل من في أم القرى الراجي رضا ربه الغني محمد محفوظ بن عبد الله الترمسي كان الله تعالى له وختم بالصالحات عمله : ههنا انتهى ما وجدته من تكملة « المنهج القويم بشرح مسائل التعليم » ، فليكن هذا الموضوع آخر هذه الحاشية « المنهل العميم » ، ولنتبرك بذكر نبذة من تراجم المصنف والشارح رضي الله تعالى عنهما ونفعنا بهما وبعلمهما آمين ، فنقول :

أما المصنف . . فهو الإمام العلامة النبيه التقي الصالح المحقق الفقيه عفيف الدين : عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر بافضل الحضرمي .

ولد عام (٨٥٠) خمسين وثمان مئة ، واشتغل بطلب العلوم في صغره ، وارتحل له إلى عدن وغيرها ، فأخذ عن الإمامين محمد بن أحمد بافضل وعبد الله بن أحمد بامخرمة ، ولازمه ملازمة تامة فتخرج وانتفع به كثيراً .

وحج سنة (٩١٥) فأخذ في الحرمين عن برهان الدين ابن ظهيرة وأبي الفتح المراغي ، وغيرهما ، ودأب وجد ، وأكب حتى برع وتميز عن أقرانه واشتهر ذكره وبعد صيته ، وأثنى عليه جماعة من العلماء من مشايخه وغيرهم ، وكان شيخه أبو مخرمة أكثرهم ثناء عليه .

قال الحبيب عبد القادر العيدروس : (ولعمري ؛ إنه كان بذلك حقيقاً ، وبكل نعت حميد خليقاً)^(١) .

وكان عالماً عاملاً ، فاضلاً عابداً ، حسن الطريقة لين الجانب ، صبوراً على تعليم العلم ونشره ، متواضعاً ، أمراً بالمعروف ناهياً عن المنكر ، وكان حافظاً أوقاته لا يرى إلا في تدريس علم أو مطالعة كتاب أو اشتغال بعبادة ، وولي التدريس بجامع الشحر ، وانتصب فيه للاشتغال والفتوى ، وصار عمدة القطر ، وانتهت إليه رئاسة الفقه في ذلك العصر ، فانتفع به الناس كثيراً ، وحصلوا منه من العلوم جانباً كبيراً .

وتلمذ له جمع من العلماء وفرقة من السادة النجباء ؛ كعبد الله بن أحمد باقشير ، وللمترجم

مؤلفات كثيرة نافعة ، منها : « لوامع الأنوار في فضل القائم بالأسفار » ، و « الحجج القواطع في معرفة الواصل والقاطع » ، ومؤلف في المناسك ، ورسالة في الفلك .

ومنها : « مسائل التعليم » المختصر المتداول في أيدي الأشياخ النبلاء مشتملاً على ربع العبادات ، اشتغل به الطلبة المبتدئون النجباء ، وقد اعتنى بهذا المختصر جمع من المحققين الأخيار ، منهم : المحقق ابن حجر فإنه شرحه شرحاً شاع ذكره في الأقطار وعظم نفعه لكافة الطلاب وجل وقعه لأولي الألباب ، وأكب على قراءته ومطالعة التلامذة ، ولازم إقرائه وتدريسه الأساتذة ، وعمل التعليقات والحواشي عليه العلماء الراسخون ، لمثل هذا فليعمل العاملون وفي ذلك فليتنافس المتنافسون ، ألا وهو « المنهج القويم » الذي تطفلت في موائد هؤلاء بحاشية سميتها أولاً « الموهبة » وثانياً بـ « المنهل العميم » ، وقد كملت وطبعت بتوفيق المولى الكريم نفع الله بها كما نفع بأصولها ، آمين .

قال الحبيب عبد القادر العيدروس : (وأراد ؛ يعني : المحقق ابن حجر أن يكمله - أي : ذلك المختصر - إلى آخر أبواب الفقه ، فبلغ فيه مع الشرح « باب الفرائض » وأدركته الوفاة) انتهى^(١) . ومقتضاه : أن المتن من (البيع) إلى (الفرائض) كله للشارح ، ولكن الذي ظهر لي وغلب على ظني بعد إمعان التأمل أنه من (البيع) إلى (باب الهبة) للشيخ بافضل ، وإنما الذي للشارح منها إلى (الفرائض) ، فإن أردت تصديق ذلك . . فعليك باستقصاء المطالعة في المتن والشرح ، وليس الخبر كالمعاينة .

وللمترجم مختصر آخر في ربع العبادات أصغر من ذلك ، وقد شرحه الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الرملي سماه « الفوائد المرضية بشرح المقدمة الحضرمية » وهي ثلاث كرايس موجودة عندي بالتمام ، وله غير ذلك ، ومما ينقل عنه من نظمه قوله في دواء القلب القاسي : [من الطويل]

تدبر قرآن وجوع تهجد جلوس أولي التقوى دعاء مع السحر

وفقنا الله تعالى لاستعماله ، وبالجمل : فترجمته طويلة ، ولم يزل على الأحوال المرضية والترقي في المقامات العلية حتى أدركته المنية .

قال الحبيب عبد القادر العيدروس : (وفي يوم الأحد وقت العصر خامس شهر رمضان سنة « ٩١٨ » ثمان عشرة وتسع مئة توفي الشيخ بافضل - أي : المترجم - بالشحر ، وكان له مشهد

عظيم ، ودفن في طرف البلد من الشحر من جهة الشمال في موضع نجدي عقل باغريب ، وهو أول من دفن هناك ، ودفن الناس إلى جانبه حتى صارت مقبرة كبيرة معمورة وصارت مزاراً مشهوراً يطلب التبرك عنده ، قال : ورأى الفقيه جمال الدين محمد بن عمر بحرق ليلة موته النبي صلى الله عليه وسلم في المنام وهو يقول : من حضر جنازة الفقيه عبد الله بالحاج بأفضل . . غفر الله له أو دخل الجنة (أو كما قال) انتهى^(١) ، رضي الله تعالى عنه وعن كافة العلماء العاملين ، ونفعنا به وبهم أجمعين ، آمين يا خير المسؤولين .

وأما الشارح . . فهو : العلامة البحر الإمام ، والفهامة الحبر الهمام ، عمدة ذوي التحقيق وقودة أولي التدقيق ، رئيس أهل الفتيا والتدريس ، ناشر علوم الإمام المطليبي : محمد بن إدريس ، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي الشافعي .

ولد في رجب عام (٩٠٩) تسع وتسع مئة بمحلة أبي الهيثم ، ومات والده وهو صغير فكفله جده ، ثم مات فكفله شيخاً أبيه : شمس الدين الشناوي ، والشمس ابن أبي الحماثل ، ثم نقله الشناوي من بلده محلة أبي الهيثم إلى مقام القطب سيدي أحمد البدوي رضي الله تعالى عنه ، فقرأ هناك في مبادئ العلوم ، ثم نقله إلى الجامع الأزهر أول سنة (٩٢٤) وعمره نحو أربع عشرة سنة ، فسلمه إلى رجل من تلاميذه ، فحفظه حفظاً بليغاً ، فأقرأه المتون في أنواع الفنون ؛ كـ « المنهاج » و « التلخيص » وغيرهما ، وجمعه بكبار علماء الجامع ، فأخذ عن أجلائهم ومحققهم ؛ كالللقاني والناصر الطبلاوي والسنباطي وأبي الحسن البكري والشهاب الرملي ، وغيرهم ، أجلهم شيخ الإسلام زكريا الأنصاري ، وكثيراً ما يدعو له بقوله : أسأل الله تعالى أن يفقهك في الدين ، وأجاب الله تعالى هذا الدعاء فكان له من العلوم ما كان .

ولقد وصفه صاحب « النور السافر » بما ملخصه : (كان رضي الله تعالى عنه بحرراً في الفقه وتحقيقه ، لا تكدره الدلاء ، وإمام الحرمين ، وانعقدت عليه خناصر الملا ، إمام اقتدت به الأئمة ، وهمام صار في إقليم الحجاز أمة ، مصنفاته في العصر آية ، وفتاويه في الدهر غاية ، يقصر عن بلوغ مداها العالمون فهم عنها قاصرون ، وأبحاثه في المذهب كالطراز المذهب طالما طاب للوارد من منهل تدرسه صفاء المشرب ، واحد العصر ، وثاني القطر ، وثالث الشمس والبدر ، من أقسمت المشكلات ألا تتضح إلا لديه ، وأكدت المعضلات أليتها ألا تتجلى إلا عليه ؛ ولا سيما

وفي الحجاز عليها قد حجر ، فلا عجب فإنه المسمى بابن حجر ^(١) .

قال بعض تلاميذه : سمي جده بحجر ؛ لما أنه مع شهرته بين قومه بأنه من أكابر شجعانهم وأبطال فرسانهم كان ملازماً للصمت ، لا يتكلم إلا لضرورة حاقة ، وإلا . . فهو مشغول عن الناس بما من الله تعالى به عليه ؛ فلذلك شبهوه بحجر ملقى لا ينطق فقالوا : حجر ، ثم اشتهر بذلك ، قال : ورآه شيخنا وقد جاوز المئة والعشرين وأمن الخرف ، وكانت له في هذا السن عبادات خارقة .

قال صاحب « النور السافر » : (وقد اشتهر بهذا اللقب شيخ الإسلام ابن حجر العسقلاني ، وكان صاحب الترجمة يشبهه في فنه الذي اشتهر به ؛ وهو الحديث مع ما منحه الله تعالى به من الزيادة عليه من علم الفقه الذي لم يشتهر به الحافظ العسقلاني هذا الاشتهار ؛ كيف وهو سمي فأنشبه اسماً ووصفاً ، وزادته نسبته إلى جوار حرم الله شرفاً ؛ فهو في البشر كالياقوت في الحجر يشاركها في الاسم ويفارقها في الرسم ، ول بعض علماء الزمزمة في مدحه : [من البسيط]

منك المعارف فاضت عذبة ولكم عذبا زلالاً فاض [الماء] من حجر

وللفقيه أحمد باجابر فيه : [من الكامل]

قد قيل من حجر أصم تفجرت للخلق بالنص الجلي أنهار
وتفجرت يا معشر العلماء من حجر العلوم فبحرها زخار
أكرم به قطباً محيطاً بالعللا ورحاؤه حقاً علينا تدار ^(٢)

قال بعض تلامذته : (حج شيخنا وشيخه أبو الحسن البكري سنة « ٩٣٣ » وجاورا الحرم سنة « ٩٣٤ » وخطر له فيها أن يؤلف في الفقه ، فتوقف إلى أن رأى في النوم الحارث بن أسد المحاسبي رحمه الله تعالى وهو يأمره بالتأليف فاستبشر وألف ، قال الشيخ : وأذكرني ذلك ما كنت رأيته أيام الطلب ؛ فإني رأيت امرأة في غاية الجمال كشفت لي عن أسفل بطنها وقالت : اكتب على هذا متناً بالأحمر وشرحاً بالأسود ، ثم انتهت ففرغت ، حتى قيل لي في تعبيره : ستظهر مؤلفاتك في الدنيا بعد خفائها الكلي ظهوراً عظيماً ، فاستبشرت وابتدأت في شرح « الإرشاد » ^(٣) .

ثم رجع إلى مصر المحروسة فاختصر فيها « الروض » وسماه « النعيم » وشرحه شرحاً مستوعباً

(١) النور السافر (ص ٣٩١-٣٩٦) .

(٢) النور السافر (ص ٣٩٦) .

(٣) انظر « الفتاوى الفقهية الكبرى » (٤/١) .

لما في كتب المحققين كـ «الأسنى» و «الجواهر» و «الخادم» وغيرها سماه بـ «بشرى الكريم» ، وهذا الكتاب غير موجود الآن أعدمه بعض حاسديه كما بينته في (باب الأذان) من هذه الحاشية نقلاً عن العلامة الكردي ، وقد صبر الشيخ على ذلك واحتسب فعوضه الله خيراً مما هنالك ؛ فإنه ألف بعده مؤلفات تبهر العقول ؛ إذ ملأها بمحاسن النقول وأجاويد أبحاث تنبسط منها نجباء الفحول ، وأغنانني عن الاحتجاج في مجملها وتفصيلها شهرتها في الأفطار ، بل أشهر وأضوأ من الشمس ضحوة النهار .

وليس يصح في الأذهان شيء إذا احتاج النهار إلى دليل منها : « الإيعاب شرح العباب » ، وما أدراك ما « الإيعاب » : شرح جمع المذهب جمعاً لم يسبق إليه ، وانشرح به صدر من كان هذا الشرح بين يديه ؛ لما فيه مع غاية التحرير والتحقيق ، والتنقيح والتدقيق من الاستيعاب لما في كتب المحققين وأبحاث المدققين ، مع بيان الراجح والجواب عن الإشكالات لهم مما تقر به العيون ، فيا له من شرح ! لو تم . . لاكتفى به عن مطالعة غيره المدرسون ، واستغنى عن مراجعة سواه المفتون .

نعم ؛ كفاهم بما أكمله من شرحي « الإرشاد » « الإمداد » و « فتح الجواد » و « الفتاوى الكبرى » و « شرح المنهاج » إذ فيها من التحريرات والجواب عن العويصات ما هو أجلى من الكوكب الوهاج ، بل أغناهم بالأخير منها عن غيره ؛ ألا وهو « تحفة المحتاج » الذي وقع اتفاق جمهور المتأخرين على أنها و « نهاية المحتاج » للجمال الرملي هما العمدتان في الإفتاء على مذهب الشافعي رضي الله تعالى عنه ، لا جرم أنهما عند هؤلاء الأعيان كفرنسي رهان أو رضيعي لبنان ، ولقد أنصف بعضهم حين سئل عن الاختلاف الذي لهما فيهما فقال في الجواب : اقرأ بقراءة قالون أو بقراءة ورش رضي عن مؤلفهما إله العرش .

هذا ؛ وقد ترجم الشيخ رضي الله تعالى عنه نفسه بقوله : (كنت بحمد الله تعالى ممن وقف برهة من الزمان في أوائل العمر بإشارة مشايخي أبواب الأحوال وأعيان الأعيان لسماع الحديث من المسنين ، وقراءة ما تيسر من كتب هذا الفن على المفسرين ، وطلب الإجازة بأنواعها المقررة في هذا العلم الواسعة أرجاؤه ، الشاسعة أنحاؤه مع الناس ، والملازمة في تحصيل العلوم الآلية ، والعلوم العقلية ، والقوانين الشرعية ، ولا سيما علم الفقه وأصله تفريعاً وتأصيلاً ، إلى أن فتح الكريم من تلك الأبواب ما فتح ، ووهب ما وهب ، ومنح وتفضل بما لم يكن في الحساب ومراعاة نتيجة الاكتساب ، حتى أجازني أكابر أساتذتي بإقراء تلك العلوم وإفادتها ، وبالتصدي لتحرير

المشكلات منها بالتقرير والكتابة وإشارتها ، ثم بالإفتاء والتدريس على مذهب الإمام المطليبي الشافعي ابن إدريس رضي الله تعالى عنه وأرضاه وجعل جنات المعارف منقلبه ومثواه ، ثم بالتصنيف والتأليف ، وكتبت من المتون والشروح ما تغني رؤيته عن الإطناب في مدحه والإعلام لشرحه ، كل ذلك وسني دون العشرين بحلول نظر جماعة من العارفين أولي التصرف والشهود والتمكين ، وأرباب الإمداد الوافر ، وكنوز الإسعاف والإسعاد الباهر ، ثم جردت صارم عزمي ، وأرهفت حد فهمي في خدمة السنة المطهرة بإقراء علومها وإفادة رسومها المستكتمة ؛ ولا سيما بعد الإتيان إلى حرم الله تعالى واستيطان بلده ، والتفرغ لإسماع المقيمين والواردين ؛ حيازة لنشر العلم والفوز بعلاه ومدده ، صادعاً فوق رؤوس الأشهاد ؛ ليعلم الحاضر والباد أن من يبيع نفسه لمولاه . . يقطعها عن سائر الأعراض إلى حيازة العلوم ، وأولاها التي آل التغفل عنها إلى اندراسها ، والتشاغل بالحفظ الفانية إلى تزلزل قواعدها منادياً في كل مجمع وناد وسمر وعداد : عباد الله ؛ هلموا إلى شرف الدنيا والآخرة ؛ فإنه لا طريق أقرب إلى الوصول إلى الله تعالى من العلوم الشرعية المنزهة من أن يشوبها أدنى شوب من المطاعم الدنيوية .

ومن ثمة قال أئمة الفقه والعرفان كالإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان : إن لم يكن العلماء أولياء . . فليس لله ولي في زمن من الأزمان ، لكنهم لم يريدوا صور العلوم ، بل حقائق تطهير القلوب ، ثم ملأها من معارف القوم دون شقاشق أهل الرسوم ، وكما أن للصوفية سياحات لا بد منها كذلك لأئمة السنة حالات لا يستغني أكثرهم عنها ، وشتان ما بينهما شتان ؛ لأن نفع تلك قاصر على أهلها ، وهذه عامة النفع والإحسان ، ولذا دعا لهم صلى الله عليه وسلم بأعظم دعوة ، وحباهم عن غيرهم بأفضل حبة فقال : « نضر الله امرأ سمع مقالتي فوعاها فأداها كما سمعها »^(١) ، ومع هذا العلو الشامخ والشرف الراسخ تهقر الزمان فركدت الهمة ؛ لا سيما عن هذا العلم العلي الشأن حتى كاد يكون نسياً منسياً بعد ما كان أمره ظاهراً فعاد خفياً .

ولهذا كان الناس بعد أن فقدت الرحلة في طلب الإسناد إلى شاسع الأقطار يطلبون الإجازة بالاستدعاء بالكتابة من الأساتذة البعداء الديار ، وأما الآن . . فقد زال ذلك التقاحم في طلبه ، ونسي هذا التزامه في نيل رتبة ، وتقاعدت عنه الهمم إلى الغاية ، فأخلدت إلى الأرض شهواتها عن طلب الرواية والدراية ، وذهب المسندون الجلة ومن كانت تزدهي بوجودهم الملة .

(١) أخرجه ابن حبان (٦٦) . والترمذي (٢٦٥٧) ، وابن ماجه (٢٣٢) عن سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

كأن لم يكن بين الحجون إلى الصفا أنيس ولم يسمر بمكة سامر

لكن بحمد الله تعالى قد بقي من آثارهم بقايا ، وفي زواياهم ممن تحمل عنهم خبايا ، وأنا أرجو أن أكون إن شاء الله تعالى من متبعيهم بحق ووارثيهم بصدق ؛ لأنني أخذته وأتقنته دراية عن الأئمة المسندين ممن يضيق المقام عن استيعابهم ، ويجب الاقتصار على مسانيدهم ، أشهر مشاهيرهم : شيخنا شيخ الإسلام زكريا الأنصاري الشافعي ، ثم شيخنا الزيني عبد الحق السنباطي ، ثم شيخ مشايخنا بالإجازة الخاصة وشيخنا بالإجازة العامة ؛ لأنه أجاز لمن أدرك حياته ، وإنني ولدت قبل وفاته بنحو ثلاث سنين ، فكنت ممن شملته إجازته واشتملته عنايته ؛ حافظ عصره باتفاق أهل مصره ذاك الجلال السيوطي رحمه المولى المعطي (انتهى^(١)) .

ولم يزل رضي الله تعالى عنه على قدم التقوى مع الاستقامة في الجهر والنجوى والاشتغال بالتصنيف والفتوى إلى أن توفي ضحوة يوم الاثنين ثالث عشر رجب الفرد سنة أربع وسبعين وتسع مئة ، وصلي عليه بالمسجد الحرام ، ودفن بالحجون في تربة الطبريين قرب مشهد سيدنا ابن الزبير رضي الله تعالى عنهم .

هذا ما أردت إيراده من ترجمة الشيخ رحمه الله تعالى ، وهو إن شاء الله تعالى كاف في استدرار البركات واستنزال النفحات ، والله الحمد الذي به تتم الصالحات ، فيا ربنا ؛ لك الحمد باطناً وظاهراً ، وأولاً وآخراً ، حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه ، ولك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك ، سبحانك لا نثنى ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك ، فصل وسلم على عبدك ورسولك وحبيبك سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين ، ونسألك اللهم من خير ما سألك منه سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ، ونعوذ بك من شر ما استعاذك منه سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ، ويا من بيده الخير كله ؛ نسألك الخير كله ، ونعوذ بك من الشر كله ، اللهم ؛ لا تعقنا عن العلم بعائق ، ولا تمنعنا عنه بمانع ، ربنا ؛ لا ترغ قلوبنا بعد إذ هديتنا ، وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب ، اللهم ؛ إنا نسألك أن توفقنا للتقوى والاستقامة ، وتمنحنا خاتمة الخير والسعادة ، وترزقنا الحسنى وزيادة ، سبحان ربك رب العزة عما يصفون ، وسلام على المرسلين ، والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد خاتم جميع الأنبياء والمرسلين ، وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين ، آمين آمين آمين

.....

وكان الفراغ من تسويد هذه الحاشية وتحريرها بمكة المكرمة قبيل أذان الظهر يوم السبت المبارك رابع الربيع الثاني سنة (١٣٢٧) ، والله سبحانه وتعالى أعلم^(١) .

* * *

(١) في هامش الأصل : (قد صححه المحقق في المستجد الحرام عند باب النبي عليه أفضل الصلاة وأتم السلام) .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يقول العبد العاجز محمد محفوظ بن عبد الله الترمسي : إني قد أتحتفت وقت إذني بطبع حاشيتي على « المقدمة » بتقريظات أود أن تكون على طرتها مقدمة ، وإليك درر ألفاظها مرصعة في طروس الصفحات كيانع الورد على نواضر الوجنات :

تقريظ نخبة المدرسين بالمسجد الحرام وعمدة أعيانه الأعلام العلامة سيدي السيد عبد الله ابن السيد صدقة ابن السيد زيني دحلان - متع الله بوجوده الوطن ، وجازاه الجزاء الحسن - قال حفظه الله :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويستمنح مواهبه وكرمه ، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد : فإن الله جلت عظمتة وعظمت منته قد خص الشريعة المحمدية بالدوام ، وحفظ أحكامها من التغير والتبديل على ممر الأيام ، وحرسها بأسنة أقلام العلماء الأعلام ، فقاموا بخدمة أصولها وفروعها أتم قيام ، فمنهم بدور فضل سواطع ، ونجوم اهتداء في أفق العلوم طوالع ، ألا وإن من أجل من أسعفته العناية بالتوفيق ، وأطلعته الدراية بدرأ في سماء التحقيق : العالم الفاضل اللبيب ، والنحرير الكامل الأديب ، صاحب الأفهام الدقيقة والمعاني العذبة الرقيقة ، المرتفع على رؤوس فضلاء العصر لواء علمه الراسخ في ميادين تحررات الفنون ثابت قدمه ، حليف الورع والزهد والاستقامة ، وأجل من قوض عن الأوطان الجاوية خيامه حضرة العلامة محمد محفوظ ابن المرحوم العلامة الحاج عبد الله ابن المرحوم العلامة الحاج عبد المنان الترمسي الجاوي ، فإنه قد أبرز من بنات أفكاره الغرر ، وجواهر تأليفه التي هي أبهى من الدرر ما تبتهج النفوس بمرآها ، وتقر النواظر باستجلاء طلعة محياها ؛ (لا سيما حاشيته التي على « المنهج القويم » الموسومة بـ : « موهبة ذي الفضل » أو « المنهل العميم » فإنها الشمس المشرقة في سماء التبيان ، الحائزة قصبات السبق في ميادين بدائع البيان ، قد أودعت من الأبحاث المطولة الحسنة المرضية ما تعجز عن إدراك قصارها همم أقرانه وإن كانت عليه . . فلعمري ؛ إن هذا لهو التأليف الذي يفتخر به العاملون ﴿ لِمِثْلِ هَذَا فَلْيَعْمَلِ الْعَامِلُونَ ﴾ ، فجزى الله مؤلفها الجزاء الحسن بفضلته وجوده ، ومتع المسلمين ببقائه ووجوده ، آمين بالأمين

الراجعي عفوره عبد الله بن صدقة بن زيني دحلان

تقريظ الشاب الأديب والكامل الأريب عمدة الأقران ، ونخبة الأعيان ، خلاصة البضعة المصطفوية ، ولب لباب السادة العلوية ، حضرة السيد أبي بكر ابن السيد طه ابن السيد عبد القادر السقاف ، وهاك ما قاله :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين .
أما بعد : فقد نزهت طرفي أيها العالم الإمام والألمعي الهمام في حداثك حاشيتك الأنيقة ، ومتعت فكري بتأمل رياضها الوريقة ، فألفت حسن جمع دل على حسن اطلاع ، وشاهدت لطف تهذيب يشهد بأنك الطويل الباع ، فقلت رائماً القيام بشكر مساعيك السنية وهمم عزائمك الحسنة العلوية :

[من الكامل]

أبدور أفق أم رياض زهور	أم شمس علم في سماء سطور
وبيوت فضل أحكمت بنيانها	أيدي الفخار فيا لها من دور
أم تلك حاشية الهمام المجتبى	الترمسي العالم التحرير
من مزقت ثوب الدجى عزماته	بالبحث والتهذيب والتحرير
قد جدّ في طلب العلا حتى علا	فوق الشهى أنى له بنظير
يا أيها الندب الأريب أخا الحجا	لك دهرنا يتلو ثناء شكور
إذ أشرق في حواشيك التي	راقت ورقت فهي خير سمير
فبها يهنى الفقه إذ هي قد بدت	عذراء ترفل في ثياب سرور

الراجي من ربه الإسعاف أبو بكر بن طه بن عبد القادر السقاف

* * *

تقريظ البليغ الذي تلالأت بمعاني بيانه السطور والطروس ، واهتزت لبديع براعته الأعطاف والرووس ، النجيب الفاضل ، والأديب الكامل حضرة الأفندي محمد سامي نجل علامة الزمان سعاد تلو الأفندي عبد الجليل برادة المدني ، لا زال بيت البلاغة بدعائم بدائعهم معموراً ، آمين .
قال حفظه الله :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، أيها الحبر الجليل ؛ قد قيضك الله لإنجاز أشرف عمل ، ووزعك لإنجاح أشرف أمل ، فشمرت عن ساعد الجد والاجتهاد ، واستبدلت الراحة بالتعب والنوم بالسهاد ، فأظهرت في علم التأليف حاشيتك المحشوة ببذائع العلوم من منطوق ومفهوم الموسومة بـ : « موهبة ذي الفضل » أو « المنهل العميم على شرح المنهج القويم » ، فيا مجدد عهد المؤلفين السابقين ، ويا خير خلف من أولئك السلف الصالحين ؛ طالما تشوقت نفوس الطالبين ، وتطلعت قلوب العلماء والمدرسين إلى من يقوم لهم بمثل هذا العمل الجليل ، ويشفي ما في صدورهم من الغليل ، فما هو إلا أن طلع عليهم تأليفك الباهر ، وتصنيفك الزاهر ، فأثلج الصدور وأهدى الجوارح ونبذ الباطل ، وأثبت الصحيح وأبان الراجح من المرجوح في أحسن أسلوب ، وأقوم طريق ملحوب بعبارة خلبت الأبواب ، وأمأطت عن محيا تلك المخدرات النقاب :

يا سَمِيرَ العلومَ لله دَرَك	جلَّ عما يحيطه الوصف قدرك
جئت بالمعجز المنيع فلا غر	وإذا شاع في البسيطة ذكرك
وحللت العويصَ حلاً أرانا	في مراقي العلوم أين مقرك
وتفرغت للتأليف في عص	ر به أهمل القراءة غيرك
وخدمت الدين الحنيف بنصح	فعلى المسلمين والله نصرك
لك منا الدعاءُ شكراً عليه	وعلى الله في القيامة أجرك
ولئن راق في مديحك نظمي	فلقد عمَّ بالإفادة نثرك

ولعمري ؛ ما أغنى هذا التأليف عن مدح هذا العاجز الضعيف ؛ فإن من نظر إليه بعين الإنصاف وكان بعيداً عن دواعي الأغراض والاعتساف . . عرف مكانتك من العلوم والاطلاع ، وقدّر جليل أعمالك حقّ قدرها بلا مرأ ولا نزاع ، والمسؤول سبحانه أن يديم بك النفع وبجميع ما ألقت لكافة المسلمين على ممر الأعوام والسنين ، آمين .

الفقير إليه سبحانه محمد سامي بن عبد الجليل برادة

يقول مصححه الراجي عفوره الكريم ابن الشيخ حسن الفيومي إبراهيم :

نحمدك أن أرشدت من أردت به خيراً إلى سلوك المنهج القويم ، وشرحت صدورهم وأمددتهم من فيض بحر فضلك العميم ، وأورثتهم صفوة خليقتك فحفظوا شريعته وبلغوها عبادك ، ووفوا بما عاهدوك عليه وما تناسوا وذادك ، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد رافع منار الدين ، وآله وأصحابه الباذلين أنفسهم ونفيسهم في مرضاة رب العالمين .

وبعد : فقد آن ظهور عمل الأبرار للعيان ، بعد أن كان خَبئاً في خزائن الاستتار والنسيان ، ونفوس أولي العلم إليه تواقه ، وإلى مطالعة هاتيك التحقيقات مشتاقه ؛ ألا وهي نسيج الشيخ الأكبر ، وعلم الفضل الأشهر ؛ من لا يفي بتعدادي فضائله نهاري وأمسي الشيخ : محمد بن محفوظ بن عبد الله الترمسي ، فيا لها من حواش لقد كشفت عن مخدرات هذا الشرح النقاب ، وأسفرت عن مستور ما استودع فيه من الصعاب ، فجاءت للطلاب هداية إلى صراط مستقيم ، ونهاية بل غاية في حسن سلوك طريقتي التعلم والتعليم ، فلذا : أراد الله بما أراد ، وقبض لنشر العلم أهل الإسعاد ، فبدلوا النفيس لنيل الثواب الأكمل ، وعلموا أن ما عند الله خير وأفضل ، والأعمال بالنيات . والأجزية على قدر المشقات .

هذا ؛ وقد انتدب لإنناق النفيس الغال ، في طبع هذا الكتاب عديم المثال حضرة الأفندي : محمد بن عبد الله الصراف ، نظمه الله في سلك أهل الإتحاف ، وقد حليت جياذ هذه التحقيقات الشريفة الغرى ، بحاشية العلامة الشيخ سليمان الكردي « الكبرى » على شرح الإمام ابن حجر « مقدمة بافضل » ، نفع الله بالجميع ، بجاء ذي المقام الرفيع عليه الصلاة والسلام وآله الغر الكرام ، أمين ، وقد انتهى طبعه الميمون ، وتمثيل شكله الرائق المصون بالمطبعة العامرة ، الزاهية الزاهرة ، المسماة بالمطبعة الشرفية ، الثابت محل إدارتها بشارع خرنفش مصر المعزیه ، إدارة حضرة السيد حسين أفندي شرف ، وقد بدر بدر التمام أوائل أول الربيعين عام (١٣٢٧) من هجرة سيد الكونين صلى الله وسلم عليه وآله وكل متمم إليه ، ما بدا بدر ولاح فجر ، أمين أمين .

ترجمة المؤلف

حفظه الله

هو : الإمام الزاهد ، والعالم النحرير الناقد ، الجالب حُلل التحقيق إلى سوق المعاني ، والناظم دُرر التدقيق في سلوك المباني ، الراقي إلى أوج الكمال علمه ، والسامي على فرق الفرق عزمه ، بدر سماء الإفادة ، وقطب دائرة الاستفادة ، العلامة الشيخ : محمد محفوظ ابن العلامة الحاج عبد الله ابن العلامة الحاج عبد المنان الترمسي - بفتح التاء الفوقية وسكون الراء المهملة وفتح الميم وبالسین المكسورة آخره ياء - نسبة إلى ترمس قرية من قرى جاوه المحروسة .

ولد حفظه الله بها في الخامس والثمانين بعد المئتين والألف من هجرة من له العز والشرف ، ونشأ في حجر والده أحسن نشأة ، وقرأ عليه جملة من الكتب ؛ منها : « شرح الغاية » للغزي ، و« فتح المعين » ، و« فتح الوهاب » ، و« شرح الشرقاوي على الحكم » ، وبعض « تفسير الجلالين » .

ثم انتقل إلى سماران وقرأ على العلامة الحاج محمد صالح بن عمر السماراني الجاوي جملة من الكتب ، منها : « شرح الحكم » و« تفسير الجلالين » و« شرح المارديني » و« وسيلة الطلاب » .

ثم هاجر إلى الديار المكية والمشاعر الحرمية ، فقرأ على العلامة أحمد المنشاوي الشهير بالمقرئ قراءة عاصم وشيثاً من التجويد ، وبعض « شرح ابن القاصح » على « الشاطبية » .

وقرأ على العلامة الشيخ عمر بن بركات الشامي شرح « شذور الذهب » لابن هشام .

وعلى الشيخ مصطفى العفيفي « شرح جمع الجوامع » للمحلي و« مغني اللبيب » .

وقرأ على العلامة الحسيب والورع النسب خاتمة المحققين وعمدة الفقهاء والمحدثين سيدي السيد حسين ابن السيد محمد الحبشي مفتي الشافعية سابقاً جملة من أوائل وأواخر « صحيح البخاري » .

وقرأ على شيخ الإسلام ومفتي الأنام العلامة الشيخ محمد سعيد بابصيل مفتي الشافعية حالاً « سنن أبي داود » و« الترمذي » و« النسائي » .

وقرأ على نخبة الفضلاء وعمدة القراء العلامة الشيخ محمد الشرييني الدمياطي نزيل مكة المشرفة « شرح ابن القاصح » و« شرح الدرة المضيئة » و« شرح طيبة النشر في القراءات العشر » و« الروض النضير » للمتولي و« شرح الرائية » و« إتحاف البشر في القراءات الأربعة عشر » و« تفسير البيضاوي بحاشية شيعي زاده » .

وقرأ على العلامة السيد محمد أمين رضوان نزيل المدينة المنورة « دلائل الخيرات »
و« الأحزاب » و« البردة » و« أوليات العجلوني » و« الموطأ » للإمام مالك .

وقرأ على كوكب الرشيد الطالع ، وضياء الفضل اللامع ، عمدة المتفنين ، وقدوة المدرسين
العلامة سيدي الخال السيد أبي بكر ابن السيد محمد شطا : العلوم الشرعية والآلات الأدبية ،
ولازمه مشمراً عن ساعد الجد مع التواضع والخمول ، باذلاً نفائس أوقاته في إدراك معقولها
والمنتقول فحاز بهمه قصبات السبق ، وعلى الأقران برع وجاز الغاية التي تقهر غيره عن شأوها ،
ورجع وألف التأليف التي أشرقت شمسها في سماء التحقيق ، وأسفرت عرائس أبكارها عن أوجه
التدقيق ؛ فمنها : « السقاية المرضية في أسماء الكتب الفقهية » نحو ثلاثة ملازم بطبع مكة
المشرقة .

ومنها : « المنحة الخيرية » وشرحها نحو خمسة عشر ملزمة بطبع مكة أيضاً .

ومنها : « حاشيته الموسومة بـ » موهبة ذي الفضل على شرح مقدمة بافضل « نحو مئتي كراسة ،
وقد أذن بطبعها .

ومنها : « البدر المنير في قراءة ابن كثير » نحو ست كرايس .

ومنها : « تنوير الصدر في قراءة أبي عمرو » ونحو ثمان كرايس .

ومنها : « انشراح الفؤاد في قراءة حمزة روايتي خلف وخلاد » نحو اثنتي عشر كراسة .

ومنها : « تعميم المنافع في قراءة نافع » نحو ست عشرة كراسة .

ومنها : « الفوائد الترمسية في أسامي القراءات العشرية » قدر كراسة .

ومنها : « كفاية المستفيد فيما علا من الأسانيد » نحو كراستين .

ومنها : « إسعاف المطالع شرح البدر اللامع » نظم الأشموني لـ « جمع الجوامع » في الأصول
قدر مجلدين ، وكلها في غاية الحسن والإجادة ، متكفلة لمطالعها بالاستفادة ، فليحرص الطالب
على أن يعرض عليها بالنواجد ، وي طرح أقاويل كل معارض ومنابد ؛ فالكيس من يسعى فيما يغنيه ،
ومن حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه ، من خط محررها الفاضل السيد عبد الله بن صدقة بن زيني
دحلان .

مُحتوى الكتاب

٥	فصل : في الربا
٣٣	فصل : في بيان بيع وشرط
٥١	فصل : في منهيات في البيع
٦٨	فصل : في تفريق الصفقة
٧٩	فصل : في الخيار
٨٩	فصل : في خيار الشرط
١٠٠	فصل : في خيار النقص
١٣٩	فصل : في التصرية
١٤٦	فصل : في أحكام المبيع قبل قبضه وبيان القبض وتوابعه
١٨٢	فصل : في بيع الثمر والحب على أصله
١٨٨	فصل : في التحالف
١٩٦	فصل : في تصرف الرقيق
٢٠١	فصل : في السلم
٢٢٤	فصل : في القرض
٢٤٧	باب الرهن
٢٦٨	فصل : في أحكام الرهن
٣٠١	فصل : في بيان انفكاك الرهن واختلاف المتعاقدين
٣٠٦	فصل : في بيان تعلق الدين بالتركة
٣١٩	باب الحجر
٣٦٣	باب الصلح
٣٧١	فصل : في بيان التزام على الحقوق المشتركة
٣٨٧	باب الحوالة
٣٩٩	فصل : في الضمان
٤١٦	فصل : في بيان كفالة البدن
٤٣٥	فصل : في الشركة

٤٥٤	باب الوكالة
٤٧٦	فصل: في أحكام الوكالة
٤٩٢	كتاب الإقرار
٥٢٢	فصل: في الإقرار بالنسب
٥٣٠	باب العارية
٥٦١	باب الغصب
٥٩٥	باب الشفعة
٦١٤	باب القراض
٦٤٥	فصل: في المساقاة
٦٦٠	باب الإجارة
٧١٢	باب إحياء الموات
٧٣١	كتاب الوقف
٧٥٧	فصل: في بيان بعض أحكام الوقف المعنوية
٧٧٢	باب الهبة
٧٩٢	باب اللقطة
٨٢١	فصل: في اللقيط
٨٣٧	باب الجمالة
٨٤٨	كتاب الفرائض
٨٥٦	تقريظ العلماء
٨٦٣	محتوى الكتاب



العلامة الرمسي

كتاب
الرمسي
العلامة
الرمسي

كتاب الرمسي